

للإمام العلامة المتقن المحدث الفقيه اللغوي

كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى الدميري

رحمه الله تعالى

(٧٤٢-٨٠٨هـ)

المجلد العاشر

الأيمان - النذر - القضاء

الشهادات - الدعوى والبينات - العتق

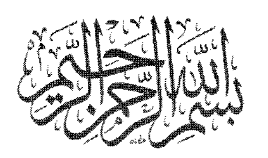
التدبير - الكتابة - أمهات الأولاد

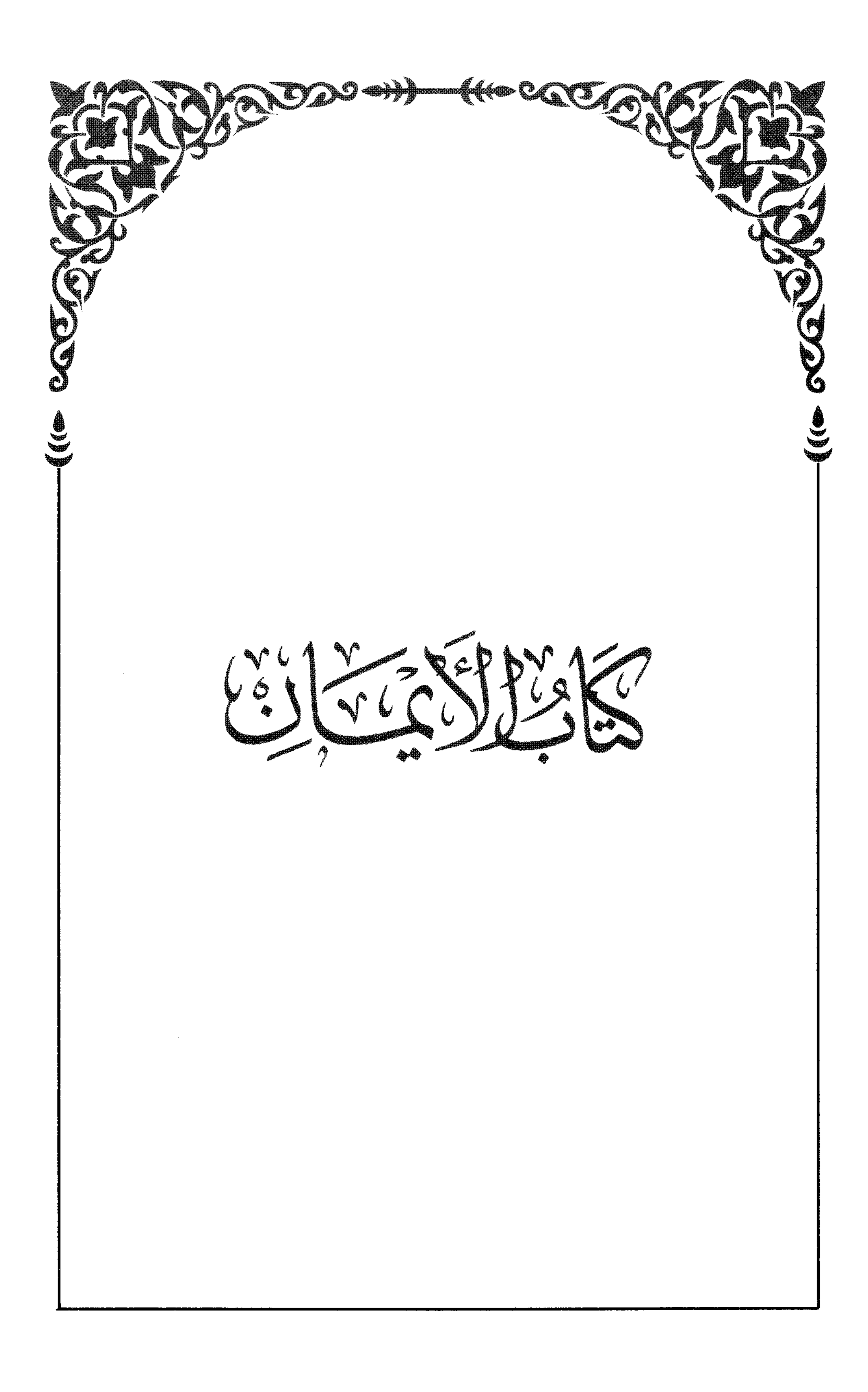


الطبعة الأولى
١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م

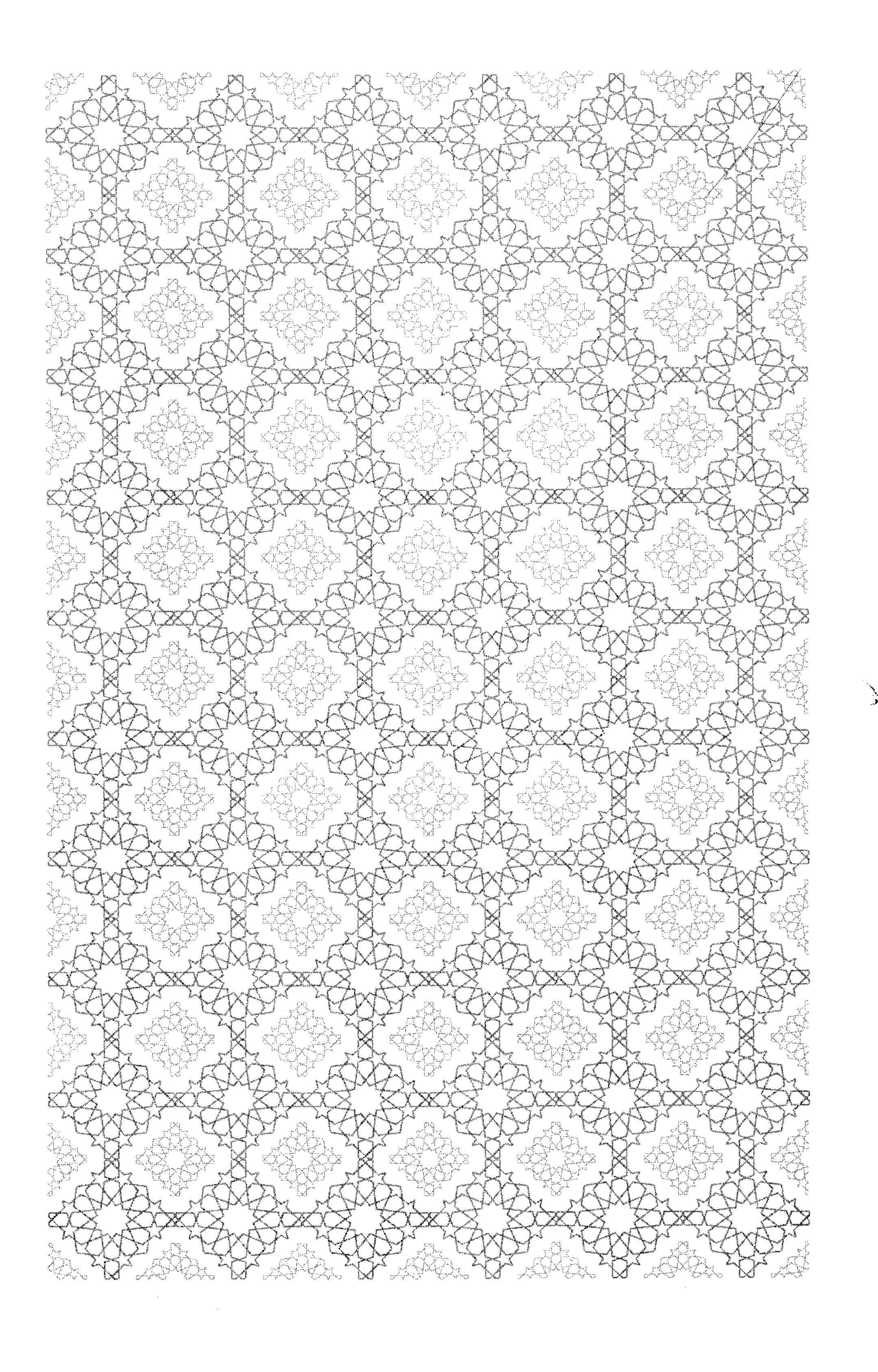
النجم الوهاج

في شرح المنهاج





كتاب الأيمان



كِتَابُ ٱلأَيْمَانِ

. . . .

كتاب الأيمان

هي جمع يمين[1] ، وهو والحلف والإيلاء والقسم ألفاظ مترادفة .

وأصلها في اللغة : اليد اليمنىٰ ، وأطلقت على الحلف ؛ لأنهم كانوا إذا تحالفوا أخذ كل بيمين صاحبه ، وقيل : لأنها تحفظ الشيء على الحالف كما تحفظ اليد .

وهي في الشرع : تحقيق ما يحتمل المخالفة أو تأكيده بذكر اسم الله تعالىٰ أو صفة من صفاته .

والأصل في الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ الآية ، وقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَجْعَلُواْ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ ﴾ .

و(العُرضة) في الأيمان : أن يحلف به في كل حق وباطل .

وفي « البخاري » [٦٦١٧] عن ابن عمر : أكثر ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يحلف : « لا ومقلب القلوب » .

---

(١) في هامش(د) : (عبارة « الحاوي » : اليمين : تحقيق ما لم يجب ، قال القونوي : وقد دخل في قول المصنف : « ما لم يجب » الممكنُ ـ كقول قائل : والله لأدخلن الدار ـ والممتنعُ ـ كقوله : لأقتلن زيداً ـ وخرج منه الواجب ، كقوله : والله لأموتن ، وإنما لم يكن ذلك يميناً ؛ لأن الواجب متحقق في نفسه فلا معنىٰ لتحقيقه ، ولأنه لا يتصور فيه الحنث ، بخلاف الممكن والممتنع ، ولذلك رجح عدم انعقاد اليمين فيما لو حلف لا يصعد السماء ، وانعقاده فيما لو حلف ليقتلن فلاناً ، وهو ميت .

قال الرافعي : وقد يفرق بين ما لا يتصور فيه الحنث فيرجح فيه عدم الانعقاد ، وبين ما لا يتصور فيه البر فيرجح فيه الانعقاد ؛ بأن امتناع الحنث لا يخلّ بتعظيم اسم الله تعالىٰ ، وامتناع البر يخله بهتك الحرمة فيحوج إلى التكفير .

ويدخل أيضاً في قوله : « تحقيق ما لم يجب » الماضي والمستقبل والنفي والإثبات) .

وأجمعت الأمة على انعقاد اليمين وتعلق الكفارة بها .

قال : (**لا تنعقد إلا بذات الله تعالىٰ أو صفة له**) هـٰذا الذي اقتصر عليه في « الشرح الصغير » : أنها ذات وصفات ، وهو في « الروضة » ثلاثة : ذات وأسماء وصفات .

والمراد بـ(الذات) هنا : الحقيقة ، وهو اصطلاح المتكلمين ، وقد أنكر عليهم بعض الأدباء وقال : لا تعرف (ذات) في لغة العرب بمعنى الحقيقة ، وإنما (ذات) بمعنىٰ صاحبة .

وهـٰذا الإنكار منكر ، بل الذي قاله الفقهاء والمتكلمون صحيح ، كما نبه عليه المصنف في « تهذيبه » قال : ومنه قوله تعالىٰ : ﴿وَأَصْلِحُواْ ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾ أي : الحالة التي بينكم ، وهو قول الكوفيين ، وعن الزجاج : معناه : حقيقة وصلكم .

قال الواحدي : فذات عندي بمعنى النفس ، كما يقال : ذات الشيء ونفسه .

والتقييد بـ(ذات الله أو صفته) تخرج به صورتان :

إحداهما : الحلف بالمخلوق كالنبي والكعبة وجبريل والصحابة والآل ، وذلك مكروه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تحلفوا بآبائكم ولا بأمهاتكم ولا تحلفوا إلا بالله » رواه النسائي [٧/٥] وابن حبان [٤٣٥٧] .

وفي « الصحيحين » [خ ٦١٠٨ـ م ١٦٤٦/٣] : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفاً . . فلا يحلف إلا بالله » .

وأن النبي صلى الله عليه وسلم أدرك عمر بن الخطاب وهو يسير في ركب ، فسمعه يحلف بأبيه فقال : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفاً . . فليحلف بالله أو ليصمت » ، قال عمر رضي الله عنه : فما حلفت بها بعد ذلك ذاكراً ولا آثراً[1] ، أي : حاكياً عن غيره أنه حلف بها .

وقد جاء عن ابن عباس : (لأن أحلف بالله تعالىٰ مئة مرة فآثم . . خير من أن أحلف

---

(١) أخرج هـٰذه الرواية البخاري (٦٦٤٧) ، ومسلم (١٦٤٦/١) .

بغيره فأبر) ذكره المصنف في « شرح مسلم » [١١/١٠٥] ، ورواه الطبراني في « معجمه الكبير » [٩/١٨٣] .

وروى الحاكم [١/١٨] عن ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف بغير الله . . فقد كفر » وروي : « فقد أشرك » [٤/٣٣٠] ، وحمل هـٰذا علىٰ من اعتقد فيما حلف به من التعظيم ما يعتقده في الله تعالىٰ .

قال الرافعي : وأخشىٰ أن يكون الحلف بغير الله معصية ، قال الأصحاب : أي : محرماً مأثوماً عليه .

فمن حلف بغير الله . . لا ينعقد يمينه ولم تتعلق الكفارة بالحنث فيه ، خلافاً لأحمد في الحلف بالنبي صلى الله عليه وسلم خاصة ؛ فإنه قال : ينعقد به ؛ لأنه أحد ركني الشهادة كاسم الله تعالىٰ .

لنا : القياس علىٰ ما سلمه ، وإذا سبق اللسان إليه لم يوصف بالكراهة ويكون بمثابة لغو اليمين ، وعلىٰ هـٰذا يحمل ما في « الصحيحين » [م٩/١١] من قوله صلى الله عليه وسلم ـ للأعرابي الذي قال : لا أزيد علىٰ هـٰذا ولا أنقص ـ : « أفلح ـ وأبيه ـ إن صدق » .

والجواب : أن هـٰذه الكلمة تجري على اللسان لا يقصد بها اليمين .

وقيل : اختلف في تصحيح هـٰذه الزيادة ، ولذلك لم يذكرها مالك في « الموطأ »(١) ، بل قال [١/١٧٥] : « أفلح إن صدق » .

وقيل : الحديث منسوخ بالنهي عن الحلف بالآباء .

الثانية : إذا قال : إن فعل كذا فهو يهودي أو نصراني ، وستأتي .

قال : (**كقوله : والله**) ، سواء جر أو نصب أو رفع ، وسواء تعمد أم لا ؛ لأن اللحن لا يمنع انعقاد اليمين .

---

(١) وكذلك لم يذكرها البخاري ، قال الحافظ ابن حجر في « الفتح » (٢/١٠٧) : (قوله : « أفلح إن صدق » : وقع عند مسلم من رواية إسماعيل بن جعفر المذكورة : « أفلح ـ وأبيه إن صدق ») ، ثم تكلم عن علة ترك هـٰذه الزيادة ، فانظره .

وَرَبِّ ٱلْعَالَمِينَ ، وَٱلْحَيِّ ٱلَّذِي لاَ يَمُوتُ ، ومَنْ نَفْسِي بِيَدِهِ ، . . . .

وقال القفال : إذا رفع لا ينعقد إلا أن ينوي اليمين .

قال : (**ورب العالمين**) (الرب) : يطلق في اللغة على المالك والسيد والمدبر والمربي والمنعم ، وهـٰذه صفات الله تعالىٰ .

ومما جاء بمعنى المالك : قول صفوان لأبي سفيان بن حرب : لأَن يَربّني[1] رجل من قريش . . أحب إلي من أن يربني رجل من هوازن[2] .

ولم يطلقوا الرب إلا على الله وحده ، وهو في غيره على التقييد والإضافة .

و(العالمون) جمع عالم ، وهو : كل موجود سوى الله تعالىٰ ، ولا واحد له من لفظه ، واختلفوا في اشتقاقه :

فقيل : من العلامة ؛ لأن كل مخلوق علامة تدل علىٰ وجود خالقه .

وقيل : من العلم ، وهو مذهب من يخصه بمن يعقل .

قال : (**والحي الذي لا يموت**) ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱلْحَيِّ ٱلَّذِى لَا يَمُوتُ ﴾ ؛ فهو الحقيق بذلك ، ولا يتوكل علىٰ من يموت ، فلا يصح لذي عقل أن يثق بعد هـٰذه الآية بمخلوق .

قال : (**ومَن نفسي بيده**) ؛ لما روىٰ أبو داوود [٣٢٥٩] بإسناد حسن عن أبي سعيد الخدري : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا اجتهد في اليمين قال لا والذي نفس أبي القاسم بيده .

---

(١) في هامش (د) : (« كشاف » : اللام في قوله : « لأن » توطئة للقسم ، وصفوان هو : ابن أمية بن خلف الجمحي ، هرب يوم فتح مكة ثم رجع إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم فشهد معه حنيناً والطائف وهو كافر ، وأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغنائم فأكثر ، فقال صفوان : أشهد بالله ما طابت بهـٰذا إلا نفس نبي ، فأسلم ، ولما رأىٰ أبو سفيان يوم حنين للمسلمين ميلة ـ أي : هزيمة ـ استبشر وقال : والله غَلبت هوازن ، وكان عنده صفوان ، فلما سمع بذلك . . زجره وقال : بفيك الكثكث ـ أي : الحجر والتراب ـ لأن يربّني . . . إلخ ، وهو إذ ذاك كافر ثم أسلم ، وتوفي بمكة ، ويعني بالرجل من قريش : النبي صلى الله عليه وسلم ، وبالرجل من هوزان هو مالك بن عوف سيد بني هوزان) .

(٢) البيهقي (٦/ ٣٧٠) ، وأبو يعلىٰ (١٨٦٣) .

وَكُلِّ ٱسْمٍ مُخْتَصٍّ بِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ ، وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ : لَمْ أُرِدْ بِهِ ٱلْيَمِينَ . وَمَا انْصَرَفَ إِلَيْهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ عِنْدَ ٱلإِطْلاَقِ كَٱلرَّحِيمِ ، وَٱلْخَالِقِ ، وَٱلرَّازِقِ ، وَٱلرَّبِّ . . تَنْعَقِدُ بِهِ ٱلْيَمِينُ ، . . . .

قال : (وكل اسم مختص به سبحانه وتعالىٰ) ؛ لأن الأيمان منوطة بمن عظمت حرمته ولزمت طاعته ، وإطلاق هـٰذا مختص به سبحانه وتعالىٰ ، والحلف بالأسماء :

منها : ما يختص الباري سبحانه وتعالىٰ به ولا يطلق في حق غيره .

ومنها : ما أطلق علىٰ غيره لـٰكن الغالب استعماله في حق الله مطلقاً ومقيداً في غيره .

ومنها : ما يطلق في حق الله تعالىٰ وغيره ولا غالب ، فهـٰذه ثلاثة أقسام ، وهي في كلام المصنف علىٰ هـٰذا الترتيب .

فمثل الأول : بالله ، وبرب العالمين ، والحي الذي لا يموت ، ومن نفسي بيده ، ومثله : مالك يوم الدين ، والقدوس ، والرحمن ، وخالق الخلق ، والواحد الذي ليس كمثله شيء .

وقال البندنيجي : أكثر العلماء علىٰ أن الاسم الأعظم (الله) ، واختاره السهيلي ، ولهـٰذا قال ابن كَج : لا صريح في اليمين سواه[1] .

قال : (ولا يقبل قوله : لم أرد به اليمين) ؛ لأنها لا تحتمل غير اليمين ، وهـٰذا لا خلاف فيه في الظاهر ، وكذا فيما بينه وبين الله تعالىٰ في الأصح .

قال : (وما انصرف إليه سبحانه وتعالىٰ عند الإطلاق) أي : وينصرف إلىٰ غيره بالتقييد (كالرحيم ، والخالق ، والرازق ، والرب . . تنعقد به اليمين) ، سواء قصد

---

(١) في هامش (ت) : (كذا وقع النقل عن ابن كج هنا ، وفي « شرحه » للشيخ سراج الدين ابن الملقن تبعاً لـ« الكفاية » ، وعبارته فيها وفي « كتاب القاضي ابن كج » : أن الحلف بالأسماء ليس بصريح إلا باسم واحد وهو « الله » ، وهو غريب ، ونقل في « الروضة » تبعاً لـ« الشرح » عن ابن كج حكاية وجه : أن الحلف بأي اسم كان من التسعة والتسعين المذكورين في الحديث صريح ، ولا فرق بين بعضها وبعضها ، قال : وهـٰذا غريب ، ولعل هـٰذا هو الآتي في قول الشارح في شرح قوله : « إلا أن يريد غيره » ، وقيل : الحلف بكل اسم من التسعة والتسعين صريح) .

إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ غَيْرَهُ ، وَمَا ٱسْتُعْمِلَ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ سَوَاءٌ كَٱلشَّيْءِ وَٱلْمَوْجُودِ وَٱلْعَالِمِ وَٱلْحَيِّ . . لَيْسَ بِيَمِينٍ إِلاَّ بِنِيَّةٍ . وَٱلصِّفَةُ : كَوَعِزَّةِ ٱللهِ وَعَظَمَتِهِ وَكِبْرِيَائِهِ وَكَلاَمِهِ وَعِلْمِهِ وَقُدْرَتِهِ وَمَشِيئَتِهِ . . يَمِينٌ ، . . . .

أو أطلق، ومثله في « الروضة » : بالجبار والحق والرب والمتكبر والقادر والقاهر ، قال: وكذا الخالق والرازق والرحيم على الصحيح ، وقيل : من القسم الأول المختص بالله .

فائدة :

الألف واللام في أسماء الله تعالىٰ للكمال ، قال سيبويه : تكون لام التعريف للكمال ، تقول : زيد الرجل ، تريد الكامل في الرجولية ، وكذلك هي في أسماء الله تعالىٰ، فإذا قلت : الرحمن ، أي : الكامل في معنى الرحمة ، والعليم ، أي : الكامل في معنى العلم ، وكذلك تتمة الأسماء ؛ فهي لا للعموم ولا للعهد ، ولـٰكن للكمال .

قال : (**إلا أن يريد غيره**) ؛ لأنه قد يستعمل في غيره ، كرحيم القلب ورب الدار وخالق الكذب وقاهر العدو ورازق الجيش ، قال تعالىٰ : ﴿ وَتَخْلُقُونَ إِفْكًا ﴾ ، وقال : ﴿ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ ﴾ .

وقيل : الحلف بكل اسم من التسعة والتسعين صريح .

قال : (**وما استعمل فيه وفي غيره سواء كالشيء والموجود والعالم والحي . . ليس بيمين إلا بنية**) ؛ لأنها لما استعملت فيهما . . أشبهت كنايات الطلاق ، وهـٰذا الذي صححه في زوائد « الروضة » .

وصحح الرافعي تبعاً لأبي حامد والإمام وغيرهما : أنه وإن نوىٰ لا يكون يميناً ، ومن هـٰذا النوع السميع والبصير والعليم والحليم .

واستثنى الماوردي من ذلك : ما يكثر استعماله في الله سبحانه ويقل في غيره ؛ فيكون يميناً ظاهراً لا باطناً .

قال : (**والصفة : كوعزة الله وعظمته وكبريائه وكلامه وعلمه وقدرته ومشيئته . . يمين**) ؛ لأنها صفات لم يزل سبحانه موصوفاً بها فكانت كاليمين بأسمائه المختصة ، فينعقد اليمين بها وإن أطلق .

إِلاَّ أَنْ يَنْوِيَ بِٱلْعِلْمِ ٱلْمَعْلُومَ ، وَبِٱلْقُدْرَةِ ٱلْمَقْدُورَ . . . .

والصفات المعنوية الزائدة على الذات عند الأشاعرة ثمانية ، وهي المشار إليها بقول الأول[1] [من الطويل] :

حيـــاة وعلـــم قـــدرة وإرادة ... كـلام وإبصـار وسمـع مـع البقـا
صفـات لـذات الله جـل قـديمـة ... لدى الأشعري الحبر ذي العلم والتقىٰ
ولـم يلتـزم منهـا بشـيء شيـوخـه ... وكـل بمشتقـاتهـا قـال مطلقـا

وروي عن مالك كراهة الحلف بالصفات ، ويعارضه ما في « البخاري » [٢٧٩] في (أبواب الغسل) عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « بينا أيوب عليه السلام يغتسل عرياناً فخر عليه جراد من ذهب ، فجعل أيوب يحثي في ثوبه ، فناداه ربه : يا أيوب ؛ ألم أكن أغنيتك عما ترىٰ؟ قال : بلىٰ وعزتك ، ولـٰكن لا غنىٰ بي عن بركتك » .

قال : (**إلا أن ينوي بالعلم المعلوم**)[2] ، كما يقال : اللهم اغفر لنا علمك فينا ، أي : معلومك .

قال : (**وبالقدرة المقدور**) ولا يكون يميناً لاحتماله ، كما يقال : انظر إلىٰ قدرة الله ، أي : مقدور الله .

وظاهر تخصيص الاستثناء بصفتي العلم والقدرة يقتضي : تعلق الحكم بهما فقط ، وهو وجه جزم به كثيرون : أنه إذا نوىٰ بما عداهما . . لا يقبل ، والأصح في زوائد

(١) في هامش (ز) : (قائل ذلك هو : الشيخ الإمام علاء الدين علي بن محمد بن عبد الرحمن بن خطاب الباجي ، ذو الباع الواسع في الأصول والمنطق والمناظرة ، تفقه على الشيخ عز الدين بن عبد السلام ، وهو من مشايخ السبكي ، مولده سنة إحدى وثلاثين وست مئة ، توفي في القعدة من سنة أربع عشرة وسبع مئة ، وقيل : سنة ست عشرة وسبع مئة بالقاهرة رحمه الله ورضي عنه) .

(٢) في هامش (د) : (والحلف بالصفة إذا قصد به الحالف اليمين أو أطلق . . انعقد يمينه ، وإن قال : أردت بعظمة الله وكبريائه ـ مثلاً ـ ما يريده من يقول : عاينت عظمة الله وكبريائه في كذا ، وبحقه عبادتَه التي أمر بها ، وبكلامه الأصواتَ والحروف ، وبعلمه وقدرتِه ، ومشيئتِه متعلقاتها . . لم تنعقد يمينه ؛ فقد يطلق العلم على المعلوم) .

. . . .

« الروضة » و« الشرحين » : القبول أيضاً كخلق الله .

ورزق الله ورحمة الله لا ينعقد بها اليمين إذا نوىٰ بذلك المرزوق والمرحوم ، وبه جزم الرافعي ، وقال في « البسيط » : لا خلاف فيه ؛ لأنه ذكر مخلوقاً .

ولو قال : والقرآن ، أو ما هو مثبت في المصحف . . كان يميناً ، كما لو حلف بكلام الله[1] ، وصرح الجمهور بأن قوله : والقرآن . . صريح ، خلافاً للقفال ، ولو قال : والمصحف وأطلق . . فهو يمين ، صرح به بعض الأصحاب ، وبه أفتى الدولعي خطيب دمشق[2] .

تنبيه :

ما جزم به من أن عظمة الله تعالىٰ صفة . . هو المعروف ، وبنىٰ عليه بعضهم منع قولهم : سبحان من تواضع كل شيء لعظمته ، قال : لأن التواضع للصفة عبادة لها ، ولا نعبد إلا الذات .

---

(١) في هامش (ت) و(ز) : (فرع :
لو قال : وكلام الله . . انعقدت يمينه ، قال القاضي في « فتاويه » والبغوي : وكذا لو قال : وكتاب الله ، قال البغوي : وكذا لو قال : وقرآن الله ، قال المروزي والقاضي في « فتاويه » : وكذا لو قال : والقرآن ، والمثبت في المصحف ، قال القاضي حسين : وكذا لو حلف المسلم بالتوراة أو بآية منسوخة من القرآن ؛ لأنه كلام الله وصفته ، قال : وهو كالحلف بالقرآن) .

(٢) في هامش (ت) و(د) : (قال ابن الملقن ـ قلت : وكذا ابن الصلاح ـ [والدولعي] : لأنه إنما يقصد به الحلف بالقرآن المكتوب ، ومذهب أصحابنا وغيرهم من أهل السنة : أن القرآن مكتوب في المصاحف محفوظ في الصدور ، ولا يقصد الحالف نفس الورق والمداد ، يؤيده : أن الشافعي رضي الله عنه يستحسن التحليف بالمصحف ، واتفق الأصحاب عليه ، ولو لم ينعقد اليمين به عند الإطلاق . . لم يحلف به [قال ابن الملقن] : ثم رأيت في « فتاوى القاضي حسين » بأنه لا يكون يميناً ، وكذا إن أطلق كما نقله ابن الرفعة في « المطلب » عن « فتاوى القاضي » .
ولو قال : والقرآن ، وأراد غير معناه . . لم يكن يميناً ؛ فقد يراد بالقرآن الخطبة والصلاة ، قال تعالىٰ : ﴿ وَقُرْءَانَ ٱلْفَجْرِ ﴾ ، وقال : ﴿ وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُوا۟ لَهُۥ ﴾ ، أي : الخطبة) .

وَلَوْ قَالَ : وَحَقِّ ٱللهِ . . فَيَمِينٌ ، إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ ٱلْعِبَادَاتِ . . . .

ومنع القرافي ذلك وقال : الصحيح : أن عظمة الله المجموع من الذات والصفات ، وهـٰذا المجموع هو المعبود ، وعلىٰ هـٰذا يصح إطلاق التسبيح .

قال : (**ولو قال : وحق الله . . فيمين ، إلا أن يريد العبادات**) المراد : أنه ينعقد إن نواه قطعاً ، وكذا إذا أطلق في الأصح ؛ لأنه الغالب في الاستعمال فنزل الإطلاق عليه ، ومعناه : وحقيقة الإلـٰهية[1] .

وقيل : لأن حق الله القرآن ، قال تعالىٰ : ﴿ وَإِنَّهُۥ لَحَقُّ ٱلْيَقِينِ ﴾ .

وقيل : إنه كناية ، وعزاه الإمام للأئمة ؛ لأنه يطلق على العبادات التي أمر الله بها ، وعند التردد لا يخلص لأحدهما إلا بالنية ، فإذا أراد به غير اليمين . . انصرف عن اليمين ؛ لاحتمال اللفظ وقوته بالنية .

قال المتولي : إذا قال : وحقُّ الله ـ بالرفع ـ ونوى اليمين . . فيمين ، وإن أطلق . . فلا ، وإن نصب وأطلق . . فوجهان ، جزم البغوي بالمنع .

ولو قال : وحرمة الله . . فكقوله : وحق الله ، وقيل : كعظمة الله ، قال الرافعي : وفي كتب الحنفية : أنه إذا قال : وسلطان الله . . كان يميناً إن أراد به القدرة ، وإن أراد به المقدور . . فلا ، قال : وبه نقول ، وأنه لو قال : بٱسم الله لأفعلن . . فهو يمين ، وأنه لو قال : ورحمة الله وغضبه . . فلا .

وفي « فتاوى ابن الصلاح » : ولو قال : وقدر الله كان يميناً ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَا قَدَرُواْ ٱللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِۦٓ ﴾ أي : ما عظموه حق عظمته .

فائدة :

قال ابن الرفعة : (كلام المَحاملي وابن الصباغ والماوردي والروياني يقتضي : أن الحلف بالطالب الغالب يمين صريحة ؛ لأن فيها تنبيهاً على استجلاب منافعه واستدفاع مضاره ـ قال ـ : وسماعي من أقضى القضاة جمال الدين بن الحسن يحيىٰ خليفة

---

(١) في (ز) : (وحقيقته الإلهية) ، وفي « المغني » (٤/ ٤٣٣) : (قال المروزي : وحقية الإلهية) .

. . . .

الحكم العزيز بمصر رحمه الله : أن الحلف بذلك لا يشرع ، وكان يذكر : أنه نقله عن أئمة المذهب ، ويوجهه بأن الله تعالىٰ وإن كان طالباً غالباً . . فأسماؤه توقيفية ، ولم يرد تسميته بذلك) اهـ

وسيأتي جواز التحليف بذلك في (كتاب الدعوىٰ والبينات) .

وكان الجمال يحيىٰ من صدور الشافعية ، ناب عن قاضي القضاة ابن رزين ، وكان يعرف فقهاء كثيراً ، قال له يوماً قاضي القضاة : لو أردتُ . . عزلتك ، قال : لا تُطيق ذلك ، قال : ولم؟ قال : كنا عند الفقيه أبي طاهر فحصلت له حالة ، فقال : من له حاجة يذكرها ، فقلت : أنا أريد أن أكون نائب حكم ولا يعزلني أحد ، فقال : لك ذلك .

توفي في شهر رجب سنة ثمانين وست مئة ، والذي قاله الجمال يحيىٰ ذهب إليه الخطابي فقال : وما جرت به عادة الحكام في تغليظ الأيمان وتوكيدها إذا حلَّفوا الرجل أن يقولوا : بالله الطالب الغالب المدرك المهلك . . لا يجوز أن يطلق في حقه تعالىٰ ذلك .

وإنما استحسنوا ذكرها في الأيمان ؛ ليقع الردع بها للحالف[1] ؛ لأنه إذا توعد بالطالب والغالب . . استشعر الخوف وارتدع عن الظلم إذا كان يعلم أن الله سبحانه طالبه بحق أخيه ، وأنه سيغلبه على انتزاعه منه . وإذا قال : المدرك المهلك . . علم أنه يدركه إذا طلبه ، ويهلكه إذا عاقبه .

وإنما أضيفت هـٰذه الأفعال إليه علىٰ معنى المجازاة منه لهـٰذا الظالم علىٰ ما يستبيحه من حق أخيه المسلم ، فلو جاز أن يعد ذلك في أسمائه وصفاته . . لجاز في أسمائه المخزي والمضل ؛ لأنه قال : ﴿ وَأَنَّ ٱللَّهَ مُخۡزِي ٱلۡكَٰفِرِينَ ﴾ ، و﴿ كَذَٰلِكَ يُضِلُّ ٱللَّهُ مَن يَشَآءُ ﴾ .

وأجاب في « مشكل الوسيط » في (باب اليمين في الدعاوىٰ) عنه ، وجوز إطلاق

---

(١) في هامش (ت) : (قال الرافعي : ويشبه أن يقال : إذا أراد النعمة وأراد العقوبة . . فهو يمين ، وإذا أراد الفعل . . فلا) .

وَحُرُوفُ ٱلْقَسَمِ : (بَاءٌ) وَ(وَاوٌ) وَ(تَاءٌ) ، كَـ(بِٱللهِ) وَ(وَٱللهِ) وَ(تَٱللهِ) ، وَتَخْتَصُّ ٱلتَّاءُ بِٱللهِ تَعَالَىٰ . . . .

ذلك على الله تعالىٰ في التسبيح والتحميد والتمجيد .

قال : (**وحروف القسم : « باء » و« واو » و« تاء » كـ« بالله » و« والله » و« تالله »**) كذا قاله الأكثرون ، وفي « لباب المَحاملي » أربعة : الألف والباء والتاء والواو .

وإنما بدأ المصنف بـ(الباء) ؛ لأنها الأصل ، وهي أعم من أختيها ، والواو تليها ؛ لأنها لا تدخل إلا علىٰ مضمر ، بخلاف الباء ، وأما التاء . . فمتأخرة عنهما .

وقال الماوردي : الأصل الواو ثم الباء ثم التاء .

قال : (**وتختص التاء بالله تعالىٰ**) ، قال الله تعالىٰ : ﴿ تَٱللَّهِ تَفۡتَؤُاْ تَذۡكُرُ يُوسُفَ ﴾ ، والمنصوص هنا وفي (الإيلاء) : أن تالله يمين ، وفي (القسامة) : أنه ليس بيمين ، وللأصحاب في ذلك طرق :

أحدها : العمل بظاهرها .

والثاني : قولان ، أظهرهما : القطع بأنه يمين ؛ لاشتهاره عرفاً .

وحمل ما نقل في (القسامة) على التصحيف بالياء المثناة من تحت .

وسمع دخولها شذوذاً علىٰ غيره فقالوا : تربي وترب الكعبة .

فرع :

إذا قال : (بِلَّه) بتشديد اللام ونوىٰ بذلك اليمين . . قال الشيخ أبو حامد والإمام والغزالي : انعقدت ولا يضره اللحن .

وقال المصنف : ينبغي أن لا يكون يميناً ؛ لأن هـٰذه كلمة أخرىٰ ، وقال ابن الصلاح : إنها لغة لبعض العرب ، وممن حكاها الزجاج ، وأنشد علىٰ ذلك [من الرجز] :

أقبـل سيـل جـاء مـن عنـد الله يحـرد حـرد الجنـة المغلـة

قال : فينبغي أن يجعل ذلك يميناً عند الإطلاق .

وَلَوْ قَالَ : ٱللهُ ، وَرَفَعَ أَوْ نَصَبَ أَوْ جَرَّ . . فَلَيْسَ بِيَمِينٍ إِلاَّ بِنِيَّةٍ . وَلَوْ قَالَ : أَقْسَمْتُ أَوْ أُقْسِمُ ، أَوْ حَلَفْتُ ، أَوْ أَحْلِفُ بِٱللهِ لأَفْعَلَنَّ . . فَيَمِينٌ إِنْ نَوَاهَا أَوْ أَطْلَقَ ، . . . .

قال : (**ولو قال : الله ، ورفع أو نصب أو جر . . فليس بيمين إلا بنية**) ، لأجل حذف حرف القسم .

وفي حديث ركانة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « آلله ما أردت إلا واحدة » رواه صاحب « البيان » بالرفع ، والروياني بالجر .

وروي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابن مسعود : « آلله قتلت أبا جهل » بالنصب[١] .

وأصح الوجهين عند الإطلاق : أنه لا يكون يميناً ، وقال ابن الصلاح : الأقوىٰ من حيث العربية في الرفع والنصب : أن كلاً منهما يمين عند الإطلاق ، ولا يبعد مجيء وجه مفصل بين العارف بالعربية وغيره .

قال سيبويه : ولا يجوز حذف حرف الجر وإبقاء عمله إلا في القسم .

ولو سكن الهاء فقال : والله لأفعلن . . فظاهر كلام الروياني في « البحر » : أنه يكون يميناً .

فائدة :

قال في « الروضة » : لو قال : آليت أو أولي . . فهو كحلفت أو أحلف ، ذكره الدارمي ، وهو ظاهر .

قال : (**ولو قال : أقسمت ، أو أقسم ، أو حلفت ، أو أحلف بالله لأفعلن . . فيمين إن نواها**) ؛ لاطراد العرف باستعمال ذلك في اليمين لا سيما وقد نواه ، قال تعالىٰ : ﴿ وَأَقْسَمُوا۟ بِٱللَّهِ جَهْدَ أَيْمَـٰنِهِمْ ﴾ ، وقال : ﴿ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ ﴾ .

قال : (**أو أطلق**) ؛ لكثرة الاستعمال ، هـٰذا الذي قطع به الأكثرون .

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٤/ ١٦٩) .

وَلَوْ قَالَ : قَصَدْتُ خَبَراً مَاضِياً أَوْ مُسْتَقْبَلاً . . صُدِّقَ بَاطِناً ، وَكَذَا ظَاهِراً عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

وقيل : لا يكون ذلك يميناً ؛ لأن صلاحية (أقسمت) للماضي و(أقسم) للمستقبل ، وكذا حلفت وأحلف .

واحترز بقوله : (بالله) عما لو قال : أقسمت أو أقسم من غير ذكر الله ؛ فليس بيمين وإن نواه .

وأما حديث ابن عباس في « الصحيح » [خ ٧٠٤٦ـ م ٢٢٦٩] في الرؤيا التي فسرها الصديق بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له : « أصبت بعضاً وأخطأت بعضاً » ، فقال أبو بكر : أقسمت عليك لتخبرني بالخطأ ، فقال : « لا تقسم » . . فقال صاحب « البيان » : المراد به : المعنى اللغوي لا الشرعي ، أي : لا تقسم قسماً شرعياً يوجب الكفارة ، وكذا قاله القاضي عياض في « شرح مسلم » .

قال المصنف : والذي قاله عجيب ؛ فإن الذي في جميع نسخ « مسلم » : (فوالله يا رسول الله لتحدثني) ، وهـٰذا صريح يمين وليس فيها أقسم ، قال : وهـٰذا الحديث دليل علىٰ أن إبرار القسم المأمور به في الأحاديث الصحيحة إنما هو إذا لم يكن في الإبرار مفسدة ولا مشقة ظاهرة ، فإن كان لم يؤمر بالإبرار ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يبر قسم أبي بكر لِمَا رأىٰ في إبراره من المفسدة ، ولعلها ما علم من انقطاع السبب مع عثمان والحروب المترتبة عليها . . فكره ذكرها مخافة شيوعها ، أو أنه أخطأ في تعيين بعض الرجال الذين يأخذون بالسبب بعده صلى الله عليه وسلم وكان في بيان ذلك مفسدة فلم يبر صلى الله عليه وسلم قسمه .

قال : (**ولو قال : قصدت خبراً ماضياً أو مستقبلاً . . صدق باطناً**) ؛ لاحتمال ما يدعيه ، فلا تلزمه كفارة فيما بينه وبين الله تعالىٰ .

قال : (**وكذا ظاهراً على المذهب**) ؛ لظهور الاحتمال ، والذي صححه المصنف هو المنصوص هنا ، ونص في (الإيلاء) علىٰ أنه إذا قال : أقسمت بالله لا وطئتك ، ثم قال : أردت يميناً ماضية . . لا يقبل ، وللأصحاب في ذلك طرق :

أصحها : قولان فيهما ، أظهرهما : القبول .

وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : أُقْسِمُ عَلَيْكَ بِٱللهِ ، أَوْ أَسْأَلُكَ بِٱللهِ لَتَفْعَلَنَّ ، وَأَرَادَ يَمِينَ نَفْسِهِ . . فَيَمِينٌ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

والثاني : لا يقبل مطلقاً .

والثالث : تقرير النصين .

والفرق : أن حق الله مبني على المسامحة ، بخلاف حق الآدمي .

ومحل الطرق : إذا لم تعلم له يمين ماضية ، فإن علمت . . قُبِل قوله في إرادتها بأقسمت أو حلفت قطعاً ، ولو قال : شهدت بالله أو أشهد بالله . . فيمين إن نواها ، وإن نوىٰ غيرها . . فلا .

ولو قال : عزمت بالله أو أعزم بالله لأفعلن . . لم يكن يميناً إلا أن ينوي بها اليمين .

قال : (**ولو قال لغيره : أقسم عليك بالله ، أو أسألك بالله لتفعلن ، وأراد يمين نفسه . . فيمين**) ؛ لاشتهاره في ألسنة حملة الشرع ، وفيه وجه ضعيف ، وعلى المذهب : يندب للمخاطب إبراره إن لم تكن مفسدة كما تقدم .

قال : (**وإلا . . فلا**) هـٰذا يشمل ثلاث صور :

قصد يمين المخاطب .

وإذا لم يقصد يميناً بل التشفع إليه بالله .

أو يطلق .

ومسألة الإطلاق تؤخذ من تعبير المصنف دون « المحرر » كما قاله في « الدقائق » .

وفي الثلاثة لا ينعقد اليمين ؛ لأنه لم يحلف لا هو ولا المخاطب .

ولو قال : لعمرو الله[1] لأفعلن . . فهو يمين إن نوىٰ ، وإن أطلق . . فلا في الأصح ، وكذلك : علي عهد الله وميثاقه وذمته وأمانته وكفالته .

وإن قال : وايم[2] الله أو أيمن الله لأفعلن كذا ، فإن نوىٰ . . فيمين ، وإن

---

(١) في هامش (د) : (ومعنىٰ لعمر الله ـ بفتح العين ـ : بقاؤه وحياته) .

(٢) في هامش (ت) : (قال في « الروضة » [١١/١٥] : قلت : قوله : « وايم الله » بكسر الميم وضمها ، والضم أشهر) .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَأَنَا يَهُودِيٌّ أَوْ بَرِيءٌ مِنَ ٱلْإِسْلَامِ . . فَلَيْسَ بِيَمِينٍ ، . . .

أطلق . . فلا على الأصح[1] .

قال : (**ولو قال : إن فعلت كذا فأنا يهودي أو بريء من الإسلام . . فليس بيمين**) ؛ لانتفاء الاسم والصفة ، ولا كفارة عليه في الحنث ، ثم بهـٰذا قال مالك .

وكذا لو قال : فهو بريء من الله أو من رسوله صلى الله عليه وسلم أو من الإسلام أو من الكعبة ، أو مستحل للخمر أو الميتة ، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد .

لنا : أن قوله ذلك يتضمن تعظيم الإسلام وإبعاد النفس عن اليهود وذلك ليس بقسم .

هـٰذا إذا قصد القائل تبعيد النفس عن ذلك ، فأما من قال ذلك علىٰ قصد الرضا بالتهود وما في معناه إذا فعل ذلك الفعل . . فهو كافر في الحال .

قال الأصحاب : وإذا لم يكفر في الصورة الأولىٰ فليقل : لا إلـٰه إلا الله محمد رسول الله ، وليستغفر الله ، ويستدل له بما ثبت في « الصحيحين » [خ ٤٨٦٠ـ م ١٦٤٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف فقال في حلفه : باللات والعزىٰ . . فليقل : لا إلـٰه إلا الله » .

وجزم في « الأذكار » بأن هـٰذا الحلف حرام تجب التوبة منه ، وبه جزم الماوردي وابن الرفعة في « المطلب » .

ويستحب أيضاً لكل من تكلم بقبيح أن يستغفر الله ، وتجب التوبة من كل كلام محرم ، وجزم صاحب « الإستقصاء » بوجوب التشهد ، وهو ظاهر الحديث .

فرع :

لو قال : أيمان البيعة لازمة لي[2] . . قال أصحابنا : كانت البيعة في زمن رسول الله

---

(١) في هامش (ت) : (**فائدة** : قال الأصحاب : لو قال : لا ها الله بالمد والقصر ولم ينو اليمين . . فليس بيمين إن كان مستعملاً في اللغة ؛ لعدم اشتهاره ، قال في « الروضة » [١١/١٥] : وإن نوى به اليمين . . كان يميناً قطعاً) ، و« لا ها » : الهاء حرف تنبيه ، يقسم بها أي : لا والله ، أبدلت الهاء من الواو) .

(٢) في هامش (ت) : (فرع :
في « فتاوى الغزالي » : إذا قال : الأيمان كلها تلزمني إن فعلت كذا . . هل يلزم بذلك =

وَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَىٰ لَفْظِهَا بِلاَ قَصْدٍ . . لَمْ تَنْعَقِدْ . . . .

صلى الله عليه وسلم بالمصافحة[1] ، فلما ولي الحجاج . . رتبها أيماناً تشتمل علىٰ ذكر الله تعالىٰ وعلى الطلاق والإعتاق والحج وصدقة المال .

فإن لم يرد القائل الأيمان التي رتبها الحجاج . . لم يلزمه شيء ، وإن أرادها . . نظر : إن قال : بطلاقها وعتاقها لازم لي . . انعقدت يمينه بهما ولا حاجة إلى النية ، وإن لم يصرح بذكرهما لـكن نواهما . . فكذلك ؛ لأنهما تنعقدان بالكناية مع النية .

وإن نوى اليمين بالله أو لم ينو شيئاً . . لم تنعقد يمينه ولا شيء عليه .

قال : (**ومن سبق لسانه إلىٰ لفظها بلا قصد . . لم تنعقد**) كحالة اللجاج والغضب ، وذلك كقوله : لا والله ، وبلىٰ والله ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ ﴾ أي : قصدتم ، بدليل الآية الأخرىٰ : ﴿ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ .

قالت عائشة رضي الله عنها : (لغو اليمين هو قول الرجل : لا والله ، وبلىٰ والله) رواه البخاري [٤٦١٣] كذلك ، وصحح ابن حبان [٤٣٣٣] رفعه إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكذلك رفعه أبو داوود [٣٢٤٩] من رواية إبراهيم بن ميمون الصائغ الذي قتله أبو مسلم الخراساني بفَرَنْدُس[2] ظلماً في سنة إحدىٰ وثلاثين ومئة .

قال أبو داوود : كان إبراهيم الصائغ إذا رفع المطرقة فسمع النداء سيبها .

وكلام المصنف يفهم : أن الحالف لا بد وأن يكون له قصد ؛ فلا تنعقد يمين الصبي والمجنون والمكره ، وفي السكران الخلاف في طلاقه .

= الطلاق والعتاق واليمين بالله تعالىٰ؟ الجواب : لا يلزم بمجرد ذلك إلا إذا نوىٰ ، وقال الماوردي : لا يجوز أن يحلف أحد بالطلاق ولا بالعتاق ولا بنذر ؛ لأنها تخرج عن حكم اليمين إلىٰ إيقاع فرقة وإلزام حرم ، وإذا حلف الحاكم بذلك . . عزره الإمام بجهله) .

(١) في هامش (د) : (للرجال) .

(٢) قال في « عون المعبود » (٩/ ١١٣) : (« بعرندس » بالعين المهملة المفتوحة وبعدها راء مهملة مفتوحة ، كذا في النسخ ، قال أهل اللغة : «العرندس : الأسد العظيم ، والنون والسين زائدتان» اهـ ، وفي بعض النسخ : «الفرندس» بالفاء قبل الراء ، ولم يظهر لي معناه) .

وَتَصِحُّ عَلَىٰ ٱلْمَاضِي وَٱلْمُسْتَقْبَلِ ، ....

تنبيهان :

أحدهما : قال ابن الصلاح : المراد من تفسير اللغو ببلىٰ والله ولا والله : أن يقول أحدهما مرة والآخر أخرىٰ ، أما إذا جمعهما في كلام واحد . . فقال الماوردي : الأولىٰ لغو ؛ لأنها غير مقصودة ، والثانية منعقدة ؛ لأنها استدراك مقصود منه ، وكلام الإمام والغزالي يقتضي : أن لغو اليمين أن يقصد اللفظ دون الحكم .

الثاني : من حلف وقال : لم أقصد اليمين . . ففي الطلاق والعتاق والإيلاء لا يصدق في الظاهر ؛ لتعلق حق الغير .

قال الإمام : وفي اليمين أيضاً لو اقترن بها ما يدل على القصد . . لم يصدق ظاهراً .

قال : (**وتصح على الماضي والمستقبل**) ؛ لأن لفظ اليمين يقع عليها ، قال تعالىٰ : ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ﴾ ، فعم الماضي والمستقبل[1] ، وقال : ﴿ يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ مَا قَالُواْ ﴾ ، وقال : ﴿ وَيَحْلِفُونَ عَلَى ٱلْكَذِبِ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ .

وقال صلى الله عليه وسلم : « لأغزون قريشاً ثلاث مرات » رواه أبو داوود [٣٢٧٨] وابن حبان [٤٣٤٣] .

فمن حلف على الماضي كاذباً عالماً . . فهي اليمين الغموس ، سميت بذلك ؛ لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار ، وهي من الكبائر .

ففي « البخاري » [٢٦٥٣] عن عبد الله بن عمرو بن العاصي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «الكبائر : الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، واليمين الغموس» .

وتجب الكفارة بها ، وتعلق الإثم لا يمنع وجوبها ، كما أن الظهار منكر من القول وزور وتتعلق به الكفارة ، وإن كان جاهلاً . . ففي وجوب الكفارة قولان ، كما لو فعل المحلوفَ عليه ناسياً .

وقال الأئمة الثلاثة : لا تجب الكفارة باليمين الغموس .

والذي أطلقه المصنف من انعقاد الغموس صرح به جماعة منهم القاضي حسين .

---

(١) في هامش (د) : (مما يبين أن اسم اليمين يشمل الماضي : أن الحكام إنما يحكمون على الماضي ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « واليمين علىٰ من أنكر ») .

. . . .

وأنكره ابن الصلاح وقال : إنها غير منعقدة عندنا كقول الحنفية ، لـٰكنا نعتبر في الكفارة مجرد العقد والحنث وقد وجدا ، ولا نعتبر الانعقاد .

وكذا صرح به الماوردي فقال : إنها يمين محلولة غير معقودة ؛ لأن الحنث اقترن بها ، ويوافقهما قول الإمام قبل (باب من حلف علىٰ غريمه لا يفارقه) : إنه يستحيل فرض الانعقاد فيها .

وعلىٰ هـٰذا : يصح قول المصنف : (تصح) ومعناه : تترتب عليها آثارها ، وهي الكفارة لا الانعقاد .

وكما تجب الكفارة في الغموس. . يجب التعزير أيضاً كما تقدم في بابه .

والمراد بـ(المستقبل) : إذا كان ممكناً ، أما غير الممكن كما إذا حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن الحجر ذهباً. . ففيه وجهان : الأصح : انعقاد اليمين به أيضاً .

وهل تجب الكفارة في الحال أو قبل الموت؟ وجهان : أصحهما الأول .

ولو حلف لا يصعد السماء ولا يقتل ميتاً. . فالأصح : عدم انعقادها ؛ لامتناع الحنث .

فائدة :

التورية في الأيمان نافعة ، والعبرة فيها بنية الحالف إلا إذا استحلفه القاضي بغير الطلاق والعتاق كما سيأتي في (الدعاوىٰ) ، وهي وإن كان لا يحنث بها لا يجوز فعلها حيث يبطل بها حق المستحق بالإجماع .

فمن التورية : أن ينوي باللباس الليل ، وبالفراش والبساط الأرض ، وبالأوتاد الجبال ، وبالسقف والبناء السماء ، وبالإخوة إخوة الإسلام ، وما ذكرت فلاناً ، أي : ما قطعت ذكره ، وما رأيته ، أي : ما ضربت رئته ، وبما عرفته : ما جعلته عريفاً ، وبما سألته حاجة ، أي : شجرة صغيرة ، وبما أكلت له دجاجة : كبة من الغزل ، ولا فروجة ، أي : درَّاعة ، ولا في بيتي فرش ، يعني : صغار الإبل ، ولا حصير ، أي : الملك ، وما ضربت له رجلاً ، أي : قطعة من جراد ، وما له عندي جارية ،

أي : سفينة ، وما عندي فهد ولا كلب ، الكلب : المسمار في قائم السيف ، والفهد : المسمار في وسط الرحل ، وما كتبت اليوم شيئاً ، أي : ما خرزت الجلود ، وما ظلمته ، أي : ما أخذت له ظليماً .

وقد تقدمت جملة من هٰذا في (الطلاق) ، وكل هٰذا يجمعه قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إن في المعاريض لَمَنْدوحةً عن الكذب »(١) .

وقال عمر رضي الله عنه : (أما في المعاريض ما يغني المسلم عن الكذب) .

وقال ابن عباس : (ما أحب بمعاريض الكلام حمر الوحش) .

قال : (**وهي مكروهة**) أي : في الجملة ؛ لأن الله تعالىٰ نهىٰ عنها ، ويكره الاستكثار منها أيضاً ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ ﴾ أي : لا تكثروا الحلف بالله ، ولأنه ربما يعجز عن الوفاء بموجبها .

وفي « سنن ابن ماجه » [٢١٠٣] و« ابن حبان » [٤٣٥٦] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إنما الحلف حنث أو ندم »(٢) .

قال حرملة : سمعت الشافعي يقول : ما حلفت بالله صادقاً ولا كاذباً قط .

قال : (**إلا في طاعة**) كالجهاد وكالأيمان الواقعة في الدعاوىٰ إذا كانت صادقة ، فإنها لا تكره ، لٰكن الأفضل أن لا يحلف ؛ لأن عثمان رضي الله عنه امتنع منها بين يدي عمر رضي الله عنه وقال : (أخشىٰ من موافقة قدر) .

وكذلك لا تكره إذا دعت إليها ضرورة كتأكيد وتعظيم أمر ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح لعمر في صلاة العصر : « والله ما صليتها »(٣) تطييباً لقلبه ، وكقوله : « والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيتم كثيراً »(٤) .

---

(١) أخرجه الشهاب في « مسنده » (١٠١١) ، وابن عدي (٣/ ٩٦) مرفوعاً ، ورواه البخاري في « الأدب المفرد » (٨٥٧) موقوفاً .

(٢) أخرجه البيهقي (١٠/ ١٩٩) .

(٣) أخرجه البخاري (٥٩٦) ، ومسلم (٦٣١) .

(٤) أخرجه البخاري (١٠٤٤) ومسلم (١/ ٩٠١) .

فَإِنْ حَلَفَ عَلَىٰ تَرْكِ وَاجِبٍ أَوْ فِعْلِ حَرَامٍ . . عَصَىٰ وَلَزِمَهُ ٱلْحِنْثُ وَكَفَّارَةٌ ، . . . .

وفي « الصحيح » : « والله لا يمل الله حتىٰ تملوا »[1] قيل : حتىٰ بمعنى الواو .

وقيل : معناه : أن الله لا يمل أبداً ، مللتم أو لم تملوا ، فجرىٰ مجرىٰ قولهم : حتىٰ يشيب الغراب ويبيض القار .

وقيل : معناه : أن الله لا يقطع عنكم فضله حتىٰ تملوا سؤاله ، فسمىٰ فعل الله تعالىٰ مللاً علىٰ طريق الازدواج في الكلام كقوله : ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ .

وقد حفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم الحلف في أكثر من ثمانين موضعاً ، وأمره الله تعالىٰ بالحلف علىٰ تصديق ما أخبر به في ثلاث مواضع من القرآن ؛ في (سورة سبأ) و(يونس) و(التغابن) .

ولا تجب اليمين أصلاً ، وقال ابن عبد السلام : إن كان المدعىٰ عليه كاذباً في يمينه . . لم تحل ، فضلاً عن أن تجب عليه ، وإن كان صادقاً في يمينه والمدعىٰ به مما لا يباح بالإباحة كالدماء والأبضاع ، فإن علم المدعىٰ عليه أن خصمه لا يحلف . . وجب عليه الحلف ، وإن كان يباح بالإباحة وعلم أو ظن أنه يحلف . . وجب عليه الحلف ؛ دفعاً لمفسدة كذب الخصم .

قال : (**فإن حلف علىٰ ترك واجب أو فعل حرام . . عصىٰ ولزمه الحنث وكفارة**) ؛ لأن الإقامة علىٰ هـٰذه الحالة معصية ، وقال صلى الله عليه وسلم : « من حلف علىٰ يمين فرأىٰ غيرها خيراً منها . . فليأت الذي هو خير ، وليكفر عن يمينه »[2] .

لـٰكن إنما يلزمه الحنث إذا لم يكن له طريق سواه ، وإلا . . فلا ، كما لو حلف لا ينفق علىٰ زوجته . . فإن له طريقاً ، بأن يعطيها من صداقها أو يقرضها ثم يبرئها ؛ لأن الغرض حاصل مع بقاء التعظيم .

وعكس مسألة المصنف : أن يحلف علىٰ فعل واجب أو ترك حرام ، فيعصي بالحنث ويطيع باليمين وعليه الكفارة .

---

(١) أخرجه البخاري (٤٣) ، ومسلم (٧٨٢/ ٢١٥) .
(٢) أخرجه مسلم (١٦٥٠/ ١٣) ، وابن حبان (٤٣٤٥) ، وأبو داوود (٣٢٦٨) ، والترمذي (١٥٣٠) ، والنسائي (٧/ ١٠) ، وابن ماجه (٢١٠٨) .

أَوْ تَرْكِ مَنْدُوبٍ ، أَوْ فِعْلِ مَكْرُوهٍ . . سُنَّ حِنْثُهُ وَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ ، أَوْ تَرْكِ مُبَاحٍ أَوْ فِعْلِهِ . . فَٱلأَفْضَلُ : تَرْكُ ٱلْحِنْثِ ، وَقِيلَ : ٱلْحِنْثُ . . . .

قال : (**أو ترك مندوب ، أو فعل مكروه . . سُنَّ حنثه وعليه كفارة**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ ﴾ الآية .

وفي « الصحيحين » [خ ٣١٣٣ـ م ٧/١٦٤٩] عن أبي موسى الأشعري : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إني والله لا أحلف علىٰ يمين فأرىٰ غيرها خيراً منها . . إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها » .

فإن قيل : لم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم على الأعرابي الذي قال : والله لا أزيد علىٰ هـٰذا ولا أنقص منه ؟ . . قلنا : يحتمل أنه لما حلف . . تضمنت يمينه ما هو طاعة وهو امتثال الأمر ، ويحتمل أنه سبق لسانه إليه فكان من لغو اليمين .

قال : (**أو ترك مباح أو فعله . . فالأفضل ترك الحنث**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾ ، ولما فيه من تعظيم اسم الله .

قال : (**وقيل : الحنث**) ؛ لينتفع المساكين بالكفارة .

وفي وجه ثالث : يتخير بين الوفاء والحنث .

وعلم مما ذكرناه أن اليمين تغير حال المحلوف عليه عما كان وجوباً وتحريماً وندباً وكراهة وإباحة ، وعن أبي حنيفة خلافه[1] .

---

(١) في هامش (ت) : (تبع الشارح رحمه الله في هـٰذه العبارة ابن الملقن ، وعبارة الرافعي : وإذا تأملت هـٰذا التفصيل . . عرفت أن اليمين لا تغير حال المحلوف عليه عما كان وجوباً وحظراً وإباحة ، وعند أبي حنيفة : اليمين تحرم الحنث ، فمن حلف ألا يفعل حراماً . . حرم عليه الفعل ، ومن حلف أن يفعل . . وجب عليه الفعل ، قال الروياني وغيره : ووافقنا أن اليمين لا تبيح الشيء الذي كان حراماً وحلف ألا يفعله ، ولا تسقط الوجوب فيما كان واجباً إذا حلف ألا يفعل .

ومنهم من عمم تأثير اليمين علىٰ أصله وقال : إذا حلف ألا يصلي . . تحرم الصلاة عليه بحكم اليمين مع وجوبها شرعاً ، واحتج الأصحاب بما روي : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف علىٰ يمين فرأىٰ غيرها خيراً منها . . فليأت الذي هو خير ، ويكفر عن يمينه » ولو كان الحنث حراماً . . لما أمر به . =

فإن قيل : الزوج لا يلزمه الوطء ، فإذا آلىٰ وانقضت المدة لزمه . . قلنا : المراد : أن اليمين لا تُصيِّر المباح حراماً ولا الحرام واجباً ، كما صار إليه أبو حنيفة فيها ، ويمين المولي كذلك .

قال : (**وله تقديم كفارة بغير صوم علىٰ حنث جائز**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إني لا أحلف علىٰ يمين ثم أرىٰ غيرها خيراً منها . . إلا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير » رواه الشيخان .

وقال صلى الله عليه وسلم : « يا عبد الرحمن بن سمرة ؛ إذا حلفت علىٰ يمين فرأيت غيرها خيراً منها . . فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير » رواه أبو داوود [٣٢٧١] والنسائي [٧/ ١١] .

وأيضاً : فإن الكفارة حق مالي يتعلق بسببين ، فجاز تقديمها علىٰ أحدهما لا عليهما كزكاة الفطر ، وبهـٰذا قال مالك والأوزاعي والثوري وأربعة عشر صحابياً ، لـٰكن قالوا : يستحب كونها بعد الحنث خروجاً من خلاف أبي حنيفة ؛ فإنه لا يجوز تقديمها على الحنث بكل حال .

والخلاف بيننا وبينه ينبني علىٰ أن اليمين عندنا سبب الكفارة ، والحق المالي يجوز إخراجه بعد وجوب سببه أو أحد سببيه ، كما تعجل الزكاة على الحول بعد كمال النصاب .

وعنده : السبب الحنث ، والتقديم على السبب لا يجوز كما لا يجوز تقديم الزكاة علىٰ ملك النصاب وكفارة الوقاع عليه .

وأما الصوم . . فلا يقدم ؛ لأنه عبادة بدنية لا يجوز تقديمها علىٰ وقت وجوبها بغير حاجة كصوم رمضان ، واحترزنا بغير الحاجة عن الجمع بين الصلاتين .

وفي وجه أو قول قديم : يجوز تقديم الصوم أيضاً ؛ لعموم الحديث ، أما التقديم قبل انعقاد اليمين . . فلا يجوز بالإجماع .

= وعن أبي موس الأشعري : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا أحلف علىٰ يمين وأرىٰ غيرها خيراً منها . . إلا اتبعت الذي هو خير ، وتحللت عن يميني) .

قِيلَ : وَحَرَامٍ . قُلْتُ : هَٰذَا أَصَحُّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَكَفَّارَةِ ظِهَارٍ عَلَى ٱلْعَوْدِ ، . . .

قال : (**قيل : وحرام**) أي : إذا كان الحنث بارتكاب حرام ، كما إذا حلف لا يزني أو لا يشرب الخمر . . فهل يجوز التكفير قبل أن يشرب؟ فيه وجهان :

أحدهما ـ وبه قال ابن القاص ـ : المنع ؛ لأنه يتطرق به إلى ارتكاب محظور .

والثاني : يجوز ؛ لوجود أحد السببين ، والتكفير لا تتعلق به استباحة ولا تحريم ، بل المحلوف عليه محظور قبل اليمين وبعدها .

قال : (**قلت : هٰذا أصح والله أعلم**) ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه أظهر ، وفي « الكبير » : إنه أقيس عند جماعة ، ونقل تصحيحه في « الروضة » عن الأكثرين .

تنبيهان :

أحدهما : إذا كفر بالإعتاق يشترط في إجزائه بقاء العبد حياً مسلماً إلى الحنث ، فلو مات أو تعيب أو ارتد قبل الحنث . . لم يجزئه ، كما لو مات المدفوع إليه الزكاة قبل الحول أو صار غنياً ، قاله القاضي حسين .

وأبدىٰ صاحب « التهذيب » احتمالاً فيما إذا مات العبد أو ارتد في أنه يجزىء ، كما لو ماتت الشاة المعجلة .

الثاني : قال الدارمي : لو قدم ثم لم يحنث . . استرجع ، أي : حيث يقتضي الحال الاسترجاع .

وقال الإمام : لا فرق بين البابين .

وقال القاضي حسين في (باب تعجيل الزكاة) في ضمن بحث مع الخصوم : إن تقديم الكفارة على الحنث عندنا مراعى ، فإن حنث . . وقع عن الواجب ، وإن أيس من الحنث وكان قد شرط الرجوع . . فله الاسترجاع .

قال : (**وكفارة ظهار على العود**) أي : له تقديمها على العود إذا كفر بالمال ؛ لأن الظهار أحد السببين ، والكفارة منسوبة إليه كما أنها منسوبة إلى اليمين .

ومنهم من جعله على الخلاف في الحنث المحرم ، وليس بشيء .

ويتصور بين الظهار والعود بما إذا ظاهر من رجعية ثم كفر ثم راجع ، أو ظاهر وطلق رجعياً فكفر ثم راجع ، أو بائناً وكفر ثم نكحها وقلنا : يعود الحنث ، أو ظاهر مؤقتاً وصححناه وكفر وصار عائداً بالوطء .

وأما إذا ظاهر وأعتق على الاتصال عن ظهاره[١] . . فهـٰذا ليس بتكفير قبل العود ، بل هو مع العود ، ولأن الاشتغال بالإعتاق عود .

واحترز بقوله : (على العود) عن تقديمها على الظهار ؛ فلا يجوز على المشهور ، وفي « البحر » في (باب تعجيل الزكاة) وجه : أنه يجوز .

قال : (**وقتل على الموت**) فيجوز تقديم كفارته على الموت بعد حصول الجرح ؛ لأنه بعد وجود السبب ، وكذا تقديم جزاء الصيد قبل الموت بعد الجرح .

هـٰذا في التكفير بالإعتاق ، أما بالصوم . . فلا يتقدم على الصحيح كما سبق .

ولا يجوز تقديم كفارة القتل على الجرح بكل اعتبار ، لا في الآدمي ولا في الصيد[٢] .

قال : (**ومنذور مالي**) ، فيجوز تقديمه كما إذا قال : إن شفى الله تعالىٰ مريضي أو رد غائبي . . فلله علي أن أعتق أو أتصدق بكذا ؛ فيجوز تقديم العتق والصدقة قبل الشفاء ورجوع الغائب .

قال الرافعي : وفي « فتاوى القفال » ما ينازع فيه ، واعترضه في « المهمات » بأنه قدم في (باب تعجيل الزكاة) : أن الأصح في هـٰذا المنع ، وتبعه في « الروضة » فيهما[٣] .

واحترز بـ(المالي) عن البدني ؛ فإنه لا يجوز تقديمه على المشروط قطعاً .

---

(١) في النسخ : (عن الكفارة) ، والتصويب من هامش (د) ، و« الروضة » (١١/ ١٩) ، والمغني (٤/ ٤٤٠) .

(٢) في هامش (ت) : (قال في « الشرح » : وفيه احتمال لابن سلمة تنزيلاً للعصمة منزلة أحد السببين ، وحكى ابن كج وجهاً في جواز التقديم على جرح الصيد ، ووجهاً : أنه إن كان بقتله مختاراً بلا ضرورة . . لم يجز ، وإن اضطره الصيد إليه . . جاز ، والمذهب : الأول) .

(٣) في هامش (ص) : (وصححه النووي في « شرح المهذب » هناك أيضاً [٦/ ١٤٢]) .

فَصْلٌ :

يَتَخَيَّرُ فِي كَفَّارَةِ ٱلْيَمِينِ بَيْنَ عِتْقٍ كَٱلظِّهَارِ ، وَإِطْعَامِ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ ؛ كُلُّ مِسْكِينٍ مُدُّ حَبٍّ مِنْ غَالِبِ قُوتِ بَلَدِهِ ، وَكِسْوَتِهِمْ بِمَا يُسَمَّىٰ كِسْوَةً كَقَمِيصٍ أَوْ عِمَامَةٍ أَوْ إِزَارٍ ، . . . .

تتمة :

الحامل والمرضع إذا شرعتا في الصوم ثم أرادتا الإفطار . . فلهما إخراج الفدية على الأصح .

وعلىٰ هٰذا : ففي جواز تعجيلها لسائر الأيام وجهان بناء على الخلاف في تعجيل زكاة عامين .

قال : (فصل :

يتخير في كفارة اليمين بين عتق كالظهار ، وإطعام عشرة مساكين ؛ كل مسكين مد حب من غالب قوت بلده ، وكسوتهم بما يسمىٰ كسوة كقميص أو عمامة أو إزار) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ ﴾ الآية ، وهي تشتمل علىٰ تخيير في الابتداء وترتيب في الانتهاء ، وليس لنا كفارة فيها ذلك إلا هي وما ألحق بها من نذر اللجاج والغضب ، وانعقد الإجماع على التخيير فيها .

وأشار بقوله : (عتق كالظهار) إلىٰ ما يجزىء من الرقاب وما يشترط فيها .

ويجب لكل مسكين مد من الحب من أي نوع كان من غالب قوت بلد الحالف .

وقيل : العبرة بغالب قوت نفسه لا بلده ؛ لظاهر الآية .

وإنما اعتبر المد بحديث المجامع في نهار رمضان ؛ فإنه عليه الصلاة والسلام دفع إليه ستين مداً وقال : « تصدق به »[1] ولأنه سداد الرغيب وكفاية المقتصد ونهاية الزهيد .

وروىٰ نافع عن ابن عمر : أنه كان يكفر عن يمينه بإطعام عشرة مساكين ، لكل

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٣٦) ، ومسلم (١١١١/ ٨١) .

مسكين مد من حنطة ، وكان يعتق رقبة إذا أكد اليمين(1) .

وجوز الصيمري والماوردي والروياني أن يطعم كل مسكين من الخبز اللين رطلين ، قالوا : فإن كان يابساً أو دقيقاً أو عصيدة . . لم يجزىء .

ويكفي ما ينطلق عليه الاسم من الكسوة ؛ لأن الشارع أطلقها ولا عرف له فيها ، وهي تمليك كالطعام .

ويكفي فيها السراويل والقباء والمقنعة ، لا التبان في الأصح ، وهو سراويل قصير لا يبلغ الركبة ، ولا يشترط المخيط .

وفي قول قديم ـ وإليه ذهب مالك وأحمد ـ : يشترط أن يستر العورة بحيث تصح الصلاة فيه ، فيجزىء الإزار للرجل دون المرأة .

وقال أبو حنيفة : لا تجزىء العمامة ولا السراويل ، ولا يكفي منها ما لا يعتاد لبسه كالجلود ، فإن اعتيدت . . أجزأت .

ولو عين إحدى الخصال الثلاثة بالنذر . . لم تتعين ؛ لما فيه من تغيير إيجاب الله تعالىٰ ، قاله القاضي حسين .

تنبيه :

تقدم أنها سميت كفارة لأنها تستر الذنب ، فإن كان عقد اليمين طاعة وحلها معصية مثل : لا زنيت ، فإذا زنىٰ . . كفرت إثم الحنث ، وإن كان عكسه مثل : لا صليت ، فإذا صلىٰ . . كفرت إثم اليمين ، وإن كان العقد والحل مباحين مثل : لا ألبس هـٰذا . . تعلقت الكفارة بهما ، وهي بالحنث أحق ؛ لاستقرار وجوبها به .

قال : (**لا خف وقفازين ومنطقة**) ؛ لخروج ذلك عن الكسوة الملبوسة ، أما

---

(1) انظر البيهقي (١٠/ ٥٥) ، ومالك (٢/ ٤٧٩) ، وعبد الرزاق (١٦٠٧٣) .
وفي هامش (ت) : (**فائدة** : حديث ابن عباس : « أنه عليه الصلاة والسلام كفّر بصاع من تمر وأمر الناس بذلك » واهٍ ؛ إذ في « مسند عمر بن عبد العزيز » : ابن يعلىٰ ، وكان ضعيفاً فاسقاً يشرب الخمر) .

وَلاَ تُشْتَرَطُ صَلاَحِيَتُهُ لِلْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ ، فَيَجُوزُ سَرَاوِيلُ صَغِيرٍ لِكَبِيرٍ لاَ يَصْلُحُ لَهُ ، وَقُطْنٌ وَكَتَّانٌ وَحَرِيرٌ لِامْرَأَةٍ وَرَجُلٍ . . . .

المنطقة . . فبلا خلاف ، ولهـٰذا لا يمنع المحرم من لبسها ، وأما الخف . . فعلى الأصح .

وقيل : يجزىء ؛ لإطلاق اسم اللبس عليه .

ولم يذكر في « الشرح » و« الروضة » القفازين ، ولا يبعد طرد الخلاف فيهما ؛ لأنهما كالخف ، وبه صرح القاضي حسين .

وزاد في « المحرر » التكة ، وحكى الروياني فيها خلافاً ، وهي : رباط السراويل بفتح التاء لا غير ، وكسرها من لحن العوام ، ومثل الخف أيضاً المداس والنعل والجورب .

قال : (**ولا تشترط صلاحيته للمدفوع إليه ، فيجوز سراويل صغير لكبير لا يصلح له ، وقطن وكتان وحرير لامرأة ورجل**) ؛ لوقوع اسم الكسوة علىٰ ذلك[١] .

وفي وجه : يشترط أن يتمكن الآخذ من لبسه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾ ، فلو أخذ الولي ما يكفي الصبي . . جاز بلا خلاف ، وسواء الجنس الجيد والرديء .

ويجزىء المنديل الذي يحمل باليد ، والعمامة أيضاً ، وكثير من المشارقة يطلقون المنديل عليها ، وفي الاكتفاء بالمنديل نظر ؛ لأن الصحيح : عدم إجزاء الدرع ، وهو : ثوب لا أكمام له ، وهو ساتر لغالب البدن ، والمنديل لا يسمىٰ كسوة عادة ولا لغة[٢] .

وأما القلنسوة . . فقيل : تجزىء ؛ لما في « البيهقي » [١٠/٥٦] عن عمران بن

---

(١) في هامش (د) : (في « البخاري » [٨٨٦] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر ـ بعد أن أعطاه حلة من حرير ـ : « إني لم أكسكها لتلبسها » وذلك يدل علىٰ أن الكسوة غير اللبس وغير مستلزمة له) اهـ

(٢) في هامش (ص) : (وهـٰذا استشكله ابن النحوي ، ووهموه وقالوا : إذا كان المنديل الذي يحط في اليد يجزىء ويسمىٰ كسوة . . فما ظنك بقميص البدن يستر البدن كله إلا اليدين ، بل هو أستر من الإزار ، لـٰكن المنقول كما في « الكفاية » وغيرها : أن الدرع لا يجزىء) .

وَلَبِيسٍ لَمْ تَذْهَبْ قُوَّتُهُ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ ٱلثَّلَاثَةِ . . لَزِمَهُ صَوْمُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، . . . .

حصين : أنه سئل : هل تجزىء في الكفارة؟ فقال : إذا قدم وفد على الأمير فأعطاهم قلنسوة قلنسوة . . قيل : قد كساهم .

والأصح : لا تجزىء ؛ لأنه لا يقع عليها اسم كسوة .

وقيل : تجزىء القلنسوة الكبيرة التي تغطي الرأس والأذنين والقفا ، دون الصغيرة التي تغطي قحف الرأس ، والطاقية والقبع أولىٰ بعدم الإجزاء منها .

قال : (**ولبيس لم تذهب قوته**) كالطعام القديم ، أما الذي ذهبت قوته ـ وهو الخلق بفتح الخاء واللام ـ فلا يجزىء ؛ لأنه يشبه الطعام المسوس والعبد الزمن ، ويجزىء المرقع للزينة لا للبلىٰ ، ويجوز اللبد إذا اعتيد لبسه ، ويجزىء المتنجس وعليه أن يعرفهم بذلك حتىٰ لا يصلوا فيه ، ولا يجزىء ما نسج من صوف ميتة .

وفي وجه : لا يجوز دفع الحرير للرجل ، قال القاضي : ولو قيل باعتبار عرف البلد . . لم يبعد[1] .

ولا يجوز إعطاء الزلالي والبسط والأنطاع والهميان ؛ لخروجها عن اسم الكسوة .

قال الماوردي : ولو أعطىٰ عشرة مساكين ثوباً طويلاً ، فإن دفعه إليهم بعد قطعه . . أجزأ ، وإلا . . فلا ؛ لأنه ثوب واحد .

قلت : قد تقدم في (كفارة الظهار) أنه لو وضع لهم ستين صاعاً وقال : قد ملكتم هـٰذا بالسوية ، أو أطلق فقبلوه . . جاز خلافاً للإصطخري ، وهي كمسألة الثوب ، إلا أن يفرق بأن هـٰذا ثوب واحد وتلك أمداد مجتمعة .

قال : (**فإن عجز عن الثلاثة . . لزمه صوم ثلاثة أيام**) للآية .

والمراد بـ(العجز) : أن لا يقدر على المال الذي يصرفه في الكفارة كمن يجد كفايته فقط ، وقال الرافعي : من يحل له أخذ الزكاة بالفقر والمسكنة وقد يملك نصاباً وهو لا يفي دخله بخرجه فيزكيه ؛ لئلا يخلو نصاب عنها ، ويأخذ الزكاة .

---

(١) في هامش (ص) : (وفي زيادة « الروضة » [١١/٢٣] عن الدارمي : عدم إجزاء ما لا يعتاد لبسه) .

وَلاَ يَجِبُ تَتَابُعُهَا فِي ٱلأَظْهَرِ . فَإِنْ غَابَ مَالُهُ . . ٱنْتَظَرَهُ وَلَمْ يَصُمْ . وَلاَ يُكَفِّرُ عَبْدٌ بِمَالٍ إِلاَّ إِذَا مَلَّكَهُ سَيِّدُهُ طَعَاماً أَوْ كِسْوَةً وَقُلْنَا : يَمْلِكُ ، . . . .

واعترض علىٰ تعبيره بـ(العجز) عن الثلاثة بأن الثلاثة ليست بواجبة ، بل الواجب أحدها مبهماً ، ولأن من قدر علىٰ خصلة أو ثنتين غير قادر على الثلاثة ، ولا يجزئه الصوم .

فرع :

تقدم في (باب الحجر) : أن السفيه حكمه حكم المعسر ، حتىٰ إذا حلف وحنث . . كفر بالصوم على الأصح ، وقيل : يكفر بالمال .

قال : (**ولا يجب تتابعها في الأظهر**) ؛ لإطلاق الآية .

والثاني : تجب ؛ لقراءة أبي بن كعب وابن مسعود : (ثلاثة أيام متتابعات) والقراءة الشاذة كخبر الواحد في وجوب العمل ، وقياساً على الظهار والقتل حملاً للمطلق على المقيد .

والجواب : أن هـٰذه القراءة لم تثبت ، والصوم هنا خفف بقلة العدد ، فكذا بالتفرقة ، بخلاف الظهار والقتل .

قال : (**فإن غاب ماله . . انتظره ولم يصم**) وإن كانت الزكاة تحل له ؛ لقدرته على التكفير بالمال من غير ضرورة ، وأخذه الزكاة لحاجة يختص بمكانه ، والكفارة منوطة بمكانه ، كما أنه إذا فقد الرقبة وماله حاضر ينتظر أيضاً ، بخلاف فاقد الماء ؛ فإنه يتيمم لضيق وقت الصلاة .

فإن قيل : المتمتع في الحج إذا كان معسراً بمكة موسراً ببلده . . يكفر بالصوم ، فهلا كان هـٰذا مثله؟! فالجواب : أن مكان الدم مكة فاعتبر يساره وإعساره بها ، ومكان الكفارة مطلق فاعتبر يساره مطلقاً .

قال : (**ولا يكفر عبد بمال**) ؛ لعدم ملكه .

قال : (**إلا إذا ملكه سيده طعاماً أو كسوة وقلنا : يملك**) . . فإنه يكفر بذلك ، وشرط المسألة : أن يملكه ذلك ليكفر به ، أو يملكه مطلقاً ثم يأذن له في التكفير .

بَلْ يُكَفِّرُ بِصَوْمٍ ، فَإِنْ ضَرَّهُ وَكَانَ حَلَفَ وَحَنِثَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . صَامَ بِلاَ إِذْنٍ ، أَوْ وُجِدَا بِلاَ إِذْنٍ . لَمْ يَصُمْ إِلاَّ بِإِذْنٍ ، . . . .

واحترز بقوله : (طعاماً أو كسوة) عما إذا ملكه عبداً ليعتقه عن الكفارة . . فإنه ممتنع ؛ لأن العتق يستعقب الولاء ، وهو لا يكون لرقيق .

وقيل : يصح والولاء له .

وقيل : موقوف ، إن عتق قبله . . كان له ، وإلا . . فللسيد .

قال : (**بل يكفر بصوم**) ؛ لعجزه عن غيره ، ولا فرق بين كفارة اليمين والظهار في ذلك .

قال : (**فإن ضره**) بأن كان في شدة حر ، أو برد شديد ، أو نهار طويل وكان يضعفه عن العمل .

قال : (**وكان حلف وحنث بإذن سيده . . صام بلا إذن**) ؛ لوجود الرضا .

قال : (**أو وجدا**) أي : الحلف والحنث (**بلا إذن . . لم يصم إلا بإذن**) ؛ لأن حق السيد على الفور ، والكفارة على التراخي[1] ، بخلاف صوم رمضان ، فإن شرع فيه بغير إذنه . . كان له تحليله ؛ لأنه لم يأذن في السبب ، وعليه فيه ضرر ، فكان له منعه كالحج .

وحيث احتاج إلىٰ إذن فصام بدونه . . أجزأه كما لو صلى الجمعة بلا إذن .

---

(١) في هامش (ت) : (**فائدة** : هل يجب إخراج الكفارة على الفور؟ قال في « التتمة » : إن كان الحنث معصية . . فنعم ، وإلا . . فلا .

وقال القفال : كل كفارة وجبت بغير عدوان . . فهو على التراخي لا محالة ، وإن وجبت بعدوان . . ففي الفور وجهان ، وتبعه الغزالي .

وقال الرافعي [كما] في « الروضة » [٦/ ٣٢٠] : إن الوصي يعطي عن الصبي كفارة القتل ، قال : وفيه وجه في « التتمة » ؛ لأنها ليست على الفور ، وقال في (كتاب الصداق) : الزكاة والفطرة على الفور ، بخلاف الكفارة ، ذكره فيما لو لزم الصبي كفارة قتل .

وقال ابن الرفعة : المشهور أن الكفارات والحدود ليست على الفور .

وهل للإمام المطالبة؟ فيه وجهان ، ونقل الرافعي في أواخر « كتاب الكفارات » عن الروياني : لأن الإمام لا يد له على الكفارة على ظاهر المذهب) .

ولو مات العبد وعليه كفارة . . فللسيد أن يكفر عنه بالإطعام وإن قلنا : لا يملك بالتمليك ؛ لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه ، والتكفير بعد الموت لا يستدعي ذلك ، ولأن الميت ليس له ملك محقق ، والرق يزول بالموت فهو والحر سواء ، أما لو أعتق عنه . . فلا يجوز ؛ لأجل ثبوت الولاء .

قال : (**وإن أذن في أحدهما . . فالأصح : اعتبار الحلف**) ، فإذا حلف بإذنه وحنث بغير إذنه . . صام بغير إذنه ، وعكسه عكسه ؛ لأن إذنه في الحلف إذن فيما يترتب عليه ، كما أن إذنه في النكاح إذن في اكتساب المهر والنفقة .

والثاني : المعتبر الحنث ؛ لأن اليمين مانعة منه ، فليس إذنه فيها إذناً في التزام الكفارة ، وهـٰذا هو الأصح في « الشرحين » و« الروضة »[1] ، ولعل الذي في الكتاب و« المحرر » سبق قلم من الحنث إلى الحلف ، وهـٰذه المسألة نظير رجوع الضامن في أقسامها الأربعة كما سبق في بابه .

ولو حلف وهو في ملك زيد ، ثم انتقل إلىٰ ملك عمرو . . فهل للثاني المنع إن كان الأول قد أذن فيهما ، أو في أحدهما ثم انتقل عنه قبل التكفير ، أو كان الحلف في ملك شخص والحنث في ملك آخر؟ في جميع ذلك نظر .

---

(١) في هامش (ت) : (في « شرح ابن الملقن » : قال الماوردي : وهو ظاهر المذهب ، قال : والأصح عندي : إن كان العقد طاعةً والحنث معصيةً . . وجبت بالحنث ، وإن كان بالعكس . . وجبت بهما ؛ لأن التكفير أخص ، وهـٰذا الخلاف إنما هو في اليمين على المستقبل ، أما الماضي . . فقال الماوردي : سببهما الحلف فقط ، وقال البندنيجي والمحاملي : يجب بهما ، وهما متعاقبان فيهما ، بخلاف المستقبل ؛ فإنهما متراخيان ، قال الماوردي : ذهب بعض أصحابنا إلى وجوب الكفارة عليه بعقد اليمين وإن لم يحنث فيها ، وهو قول عائشة والحسن وقتادة ؛ تعلقاً بقوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ ، فعلق الكفارة باليمين دون الحنث ، لـٰكن في الآية إضماراً لتقدير (إذا حلفتم) ، وختم بقوله : ﴿ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ أي : فأفطرَ فعدة ، فحذف ذلك لدلالة الكلام عليه ، قال : أخطأ سعيد بن جبير والشعبي حيث قالا : لا كفارة في حنث الطاعة ؛ لأنه مأمور به ، إنما هي في حنث المعصية ، ويرده حديث عبد الرحمن بن سمرة : « وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها . . فكفر عن يمينك وائت الذي هو خير ») .

وإذا عتق العبد ثم حنث . . كفر كالأحرار ، وإن عتق بعد الحنث . . صام إن كان معسراً ، وإن كان موسراً واعتبرنا حال الأداء أو أعلاهما . . كفر بالمال ، أو حال الوجوب . . كفر بالصوم .

تنبيه :

التعبير بالعبد يخرج الأمة ، فللسيد منعها من الصوم للاستمتاع الناجز والصوم على التراخي ، وكذلك[1] قال أصحابنا : حيث أطلق العبد . . شمل الأمة[2] إلا هنا ، فالتفصيل المذكور خاص بالعبد .

قال : (**ومن بعضه حر وله مال . . يكفر بطعام أو كسوة**) ؛ لقدرته علىٰ ما تقدم على الصوم ، فلا يصوم على الأصح ، كما لو وجد ثمن الماء . . لا يباح له التيمم .

قال : (**لا عتق**) ؛ لنقصه عن أهلية الولاء والإرث .

وقيل : في عتقه قولان كالمكاتب بالإذن .

وقال المزني وابن سريج : فرضه الصوم كالعبد ، واستدل المزني بأن نفقته عند الشافعي نفقة المعسرين فكذلك كفارته ، وأجيب بأن المزني في النفقات جعله كالحر .

تتمة :

أصح الأوجه : أن سبب وجوب الكفارة : الحنث واليمين معاً .

والثاني : اليمين فقط ، والحنث شرط ، كالزكاة تجب بملك النصاب بشرط الحول .

---

(١) في (ت) و(ص) : (لذلك) .

(٢) في هامش (ص) : (بل المصحح : أن حكم الأمة حكم العبد ؛ إذا حنثت بإذنه . . ليس له منعها من الصوم ؛ لأن الإذن في الحنث رضاً بالكفارة ؛ لاستلزامه إياها ، فأشبه ما لو أذن لهما في الإحرام حيث لهما الاشتغال بأفعال النسك ولا يملك تحليلهما ، واقتضى الرضا بالكفارة ، بل هو مانع من الحنث المستلزم لهما) .

فَصْلٌ :

حَلَفَ لاَ يَسْكُنُهَا أَوْ لاَ يُقِيمُ فِيهَا . . فَلْيَخْرُجْ فِي ٱلْحَالِ ، . . . .

والثالث : الحنث فقط ؛ لأنه قبله لم يكن مخاطباً بها ، ومتىٰ أتىٰ بكفارة اليمين أو القتل أو جزاء الصيد . . كانت أداء ، وكذلك كفارة الظهار بعد العود وقبل الجماع ، فإن فعلت بعد الجماع . . كانت قضاء كما صرح به البندنيجي .

وإذا مات الحالف قبل التكفير . . أخرجت من تركته وإن لم يوص بها كالدين ، وإذا أعتق الوارث عنه . . كان الولاء للميت ؛ لوقوع العتق عنه .

قال : (**فصل :**

حلف لا يسكنها أو لا يقيم فيها . . فليخرج في الحال) .

(السكنىٰ) مشتقة من السكون وهو ضد الحركة ، سكن بالمكان يسكن : أقام ، والمسكن : المنزل .

والمراد بـ(الخروج) : أن يخرج ببدنه دون أهله ومتاعه ؛ فإنه المحلوف عليه .

واستدل الماوردي لذلك بقوله تعالىٰ : ﴿ رَبَّنَآ إِنِّيٓ أَسۡكَنتُ مِن ذُرِّيَّتِي بِوَادٍ غَيۡرِ ذِي زَرۡعٍ ﴾ فأطلق إسكانهم مع خلوهم عن مالهم فدل علىٰ أن المعتبر البدن .

وقال تعالىٰ : ﴿ بُيُوتًا غَيۡرَ مَسۡكُونَةٖ فِيهَا مَتَٰعٞ لَّكُمۡۚ ﴾ ، لـٰكن الجمهور فسروا المتاع بالاستمتاع .

ولا يكلف الخروج عن العادة من العدو والهرولة ، ولا فرق بين أن يخرج من باب قريب منه أو بعيد عنه ، لغرض أو لغيره .

وظاهر عبارة المصنف : أنه يكفي مطلق الخروج ، سواء قصد التحول أم لا ، وظاهر نص « الأم » و« المختصر » : أنه لا بد من الخروج بنية التحول ؛ ليقع الفرق بينه وبين الساكن ، وبهـٰذا صرح المتولي وصاحب « المستظهري » والشيخ نصر والشاشي وصاحب « الإستقصاء »[1] ، وفي « التنبيه » و« الشامل » : والشيخان أطلقا

---

(١) في هامش (ص) : (وقال النووي في « تعليق المهذب » : إنه أظهر ، ومشىٰ عليه ابن عجيل وابن السبكي في « التوشيح ») .

فَإِنْ مَكَثَ بِلاَ عُذْرٍ . . حَنِثَ وَإِنْ بَعَثَ مَتَاعَهُ ، وَإِنِ ٱشْتَغَلَ بِأَسْبَابِ ٱلْخُرُوجِ كَجَمْعِ مَتَاعٍ وَإِخْرَاجِ أَهْلٍ وَلُبْسِ ثَوْبٍ . . لَمْ يَحْنَثْ . . . .

ذلك ؛ لأن من كان ساكناً في دار فخرج منها إلى السوق مثلاً . . يعده أهل العرف ساكناً نظراً إلىٰ عادة الساكنين من الدخول والخروج[1] .

قال : (**فإن مكث بلا عذر . . حنث وإن بعث متاعه**) ؛ لأن المحلوف عليه سكناه ، وهو موجود ، والسكنىٰ تطلق على الدوام كالابتداء ، يقال : سكن شهراً ، فإن مكث بعذر كما إذا أُغلق عليه الباب ، أو مُنع من الخروج ، أو خاف علىٰ نفسه أو ماله لو خرج ، أو كان مريضاً أو زمناً لا يقدر على الخروج . . لم يحنث .

وجعل الماوردي من الأعذار : أن يضيق وقت الصلاة ويعلم أنه لو اشتغل بالخروج . . لفاتته ، فإن طرأ العجز بعد الحلف . . ففي حنثه الخلاف في المكره .

قال : (**وإن اشتغل بأسباب الخروج كجمع متاع وإخراج أهل ولبس ثوب . . لم يحنث**) ؛ لأنه لا يعد ساكناً .

وقيل : يحنث ؛ لأنه أقام مع التمكن من الخروج ، ونسب الإمام الأول للمراوزة والثاني للعراقيين .

وقيد الشاشي الخلاف بما إذا لم يقدر على الاستنابة ، فإن قدر ولم يفعل . . حنث ، وأجرى القاضي وغيره الخلاف من غير تقييد .

---

(١) في هامش (ت) : (هـٰذا التعليل كما نقله عن ظاهر نص « الأم » و« المختصر » وصرح به الأئمة المذكورون لنية التحول لا لقوله : والشيخان أطلقا ذلك) .
وفي هامش (د) : (قال الشافعي : المساكنة : أن يكونا في بيت أو بيتين حجرتهما واحدة ومدخلهما واحد .
قال الشيخ أبو حامد : أراد بالحجرة : الصحن .
لو حلف لا يساكنه وانفرد كل منهما في بيت خان كبيراً كان أو صغيراً ـ ومثله المدارس الآن ـ وإن لم يكن لكل بيت باب وغلق . . فلا حنث ؛ لأنه لا مساكنة حينئذٍ ؛ لأن الخان مبني لسكنىٰ جماعة وتُعدُّ بيوته مساكن مختلفة ، بخلاف بيوت الدار الواحدة وإن كانت كبيرة ؛ فإنه يشترط فيها أن يكون لكل بيت باب وغلق ليعدّ مسكناً مستقلاً ؛ لأن الدار تعد مسكناً لواحد وإن كانت كبيرة ، فإن لم يكن لكل بيت باب وغلق أو سكنا في صفتين من الدار أو في بيت وصفة . . فالمساكنة حاصلة في العادة) .

وَلَوْ حَلَفَ لاَ يُسَاكِنُهُ فِي هَـٰذِهِ ٱلدَّارِ فَخَرَجَ أَحَدُهُمَا فِي ٱلْحَالِ . . لَمْ يَحْنَثْ ، وَكَذَا لَوْ بُنِيَ بَيْنَهُمَا جِدَارٌ وَلِكُلِّ جَانِبٍ مَدْخَلٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُهَا وَهُوَ فِيهَا أَوْ لاَ يَخْرُجُ وَهُوَ خَارِجٌ . . فَلاَ حِنْثَ بِهَـٰذَا ، . . . .

ولو احتاج إلىٰ مبيت ليلة لحفظ متاع . . فأصح احتمالي ابن كج : لا يحنث .

قال : (**ولو حلف لا يساكنه في هـٰذه الدار فخرج أحدهما في الحال . . لم يحنث**) ؛ لعدم المساكنة ، فإن المفاعلة لا تتحقق إلا من اثنين ، فلو مكث ساعة . . حنث ؛ لصدق الاسم ، فلو اشتغل بأسباب الخروج . . فهو كما سبق .

قال : (**وكذا لو بني بينهما جدار**) أي : من طين أو غيره (**ولكل جانب مدخل في الأصح**) ، سواء كان موجوداً أو أحدثاه ؛ لاشتغاله برفع المساكنة .

والثاني : يحنث ؛ لأنهما قبل كماله يقطع بأنهما متساكنان .

ونظيره : ما لو تبايعا وبني بينهما جدار . . فإن ذلك لا يقطع الخيار على الأصح ؛ للبقاء في مجلس العقد ، وهـٰذا هو الأصح في « الشرح الصغير » ، ونقل في « الكبير » و« الروضة » تصحيحه عن الجمهور ، ولم ينقلا ترجيح الأول إلا عن البغوي فقط ، والمصنف تبع فيه « المحرر » .

هـٰذا كله إذا قيد المساكنة ببعض المواضع لفظاً ، وإليه أشار بقوله : (هـٰذه الدار) ، فإن لم يقيدها ، فإن نوىٰ موضعاً معيناً من بيت أو دار أو محلة أو بلد . . فالأصح : أن اليمين محمولة علىٰ ما نوىٰ ، وإلا . . فيحنث بالمساكنة في أي موضع كان ، فلو حلف لا يساكنه وأطلق وكانا في موضعين بحيث لا يعدان متساكنين . . لم يحنث .

وفي وجه ضعيف : لا بد من مفارقة أحدهما مكانه في الدار أو المحلة ، ولا يحنث بالبلد قطعاً .

ولو حلف لا يساكن زيداً وعمراً . . برَّ بخروج أحدهما ، ولو قال : لا ساكنت زيداً ولا عمراً . . لم يبر بخروج أحدهما .

قال : (**ولو حلف لا يدخلها وهو فيها أو لا يخرج وهو خارج . . فلا حنث بهـٰذا**) ؛

أَوْ لاَ يَتَزَوَّجُ أَوْ لاَ يَتَطَهَّرُ [أَوْ لاَ يَلْبَسُ] أَوْ لاَ يَرْكَبُ أَوْ لاَ يَقُومُ أَوْ لاَ يَقْعُدُ ، فَٱسْتَدَامَ هَـٰذِهِ ٱلأَحْوَالَ .. حَنِثَ . قُلْتُ : تَحْنِيثُهُ بِٱسْتِدَامَةِ ٱلتَّزَوُّجِ وَٱلتَّطَهُّرِ غَلَطٌ ؛ لِذُهُولٍ ، وَٱسْتِدَامَةُ طِيبٍ لَيْسَتْ تَطَيُّباً فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

لأن الدخول : الانفصال من خارج إلىٰ داخل ، والخروج عكسه ، ولم يوجد ذلك في الاستدامة[1] ، ولهـٰذا لا يقال : دخلت الدار شهراً ، وإنما يقال : دخلتها منذ شهر .

وفي قول أو وجه : يحنث بالاستدامة فيهما ؛ لأنها كالابتداء في التحريم بالنسبة إلىٰ ملك الغير ، ولهـٰذا : لو دخل دار الغير وهو لا يعلم ثم علم فاستدام .. أثم .

قال : (**أو لا يتزوج أو لا يتطهر [أو لا يلبس] أو لا يركب أو لا يقوم أو لا يقعد ، فاستدام هـٰذه الأحوال .. حنث . قلت : تحنيثه باستدامة التزوج والتطهر غلط ؛ لذهول**) هو كما قال ، وزاد في « الروضة » تبعاً لـ« الشرح » : أو لا يتوضأ وهو متوضىء ؛ فإن الشافعي في « الأم » نص علىٰ عدم الحنث في هـٰذه المسائل ، وذلك أن الاستدامة فيها ليست كالابتداء ؛ لأنه لا يقال : تزوجت شهراً وتطهرت شهراً ، بخلاف الباقي .

و(الذهول) بالذال المعجمة نسيان الشيء والغفلة عنه .

قال : (**واستدامة طيب ليست تطيباً في الأصح**) ؛ لأنه لم يحدث فعلاً بدليل تطيب المحرم قبل الإحرام إذا استدامه لا تلزمه الفدية .

والثاني : نعم ؛ لأنه منسوب إلى الطيب .

وفي « الكفاية » وجه ثالث : إن استدام أثره .. حنث ، أو رائحته .. فلا اعتبار ببقاء العين وزوالها .

---

(١) في هامش (ت) : (من « شرح ابن الملقن » :
فائدة : تلخص مما ذكر أن الاستدامة علىٰ ثلاثة أقسام :
أحدها : ليست كالابتداء قطعاً ، وذلك فيما إذا حلف لا يتزوج أو لا يتطهر .
قال الماوردي : ما يُحنث بابتداء الفعل دون استدامته خمسة أشياء : النكاح والإحرام والرهن والشراء والوقف .
الثاني : كالابتداء قطعاً كاللبس والركوب وغيرهما مما سلف .
والثالث : ما اختلف فيه كالدخول والتطيب وغيرهما مما سلف) .

وَكَذَا وَطْءٌ وَصَوْمٌ وَصَلاَةٌ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ داراً . . حَنِثَ بِدُخُولِ دِهْلِيزٍ دَاخِلَ ٱلْبَابِ أَوْ بَيْنَ بَابَيْنِ ، . . . .

قال : (**وكذا وطء وصوم وصلاة والله أعلم**) فلا يحنث باستدامتها على الأصح .

ويتصور اليمين في الصلاة إذا حلف ناسياً للصلاة . . فإن اليمين تنعقد ، وكذلك إذا حلف غيره ، فلو حلف لا يستقبل القبلة وهو مستقبل فاستدام . . حنث قطعاً ، هٰذا هو المنقول في « الشرح » و« الروضة » و« التهذيب » و« الكفاية » ، ووقع في بعض شروح هٰذا الكتاب : لا يحنث ، وهو سبق قلم ، لٰكنه وقع كذلك في « تعليق البغوي » .

واستدامة السفر سفر ، فإن رجع في الحال . . فلا ؛ لأنه أخذ في ترك السفر .

وأما استدامة الغصب . . فنقل الرافعي عن البغوي : أنها ليست غصباً ، وبه جزم في « الروضة » ، وهو مشكل ؛ فإنه يصدق أن يقال : غصبه شهراً وسنة ونحو ذلك .

وقد صرح الأصحاب بأن مستديم الغصب غاصب ، وبه جزم الماوردي ، لا جرم قال في « المهمات » : الصواب المفتىٰ به عكس ما في « الروضة »[1] .

فرع :

حلف لا يشارك فلاناً وهو شريكه فاستدام . . أفتى ابن الصلاح بحنثه ، إلا أن يريد شركة مبتدأة ، وأفتىٰ بأنه إذا حلف لا يملك هٰذه العين وهو مالكها بأنه يحنث .

قال : (**ومن حلف لا يدخل داراً . . حنث بدخول دهليز داخل الباب أو بين بابين**) ؛ لأنه من الدار ، ومن جاوز الباب عد داخلاً .

وحكي عن النص : أنه لا يحنث ، وحمل على الطاق خارج الباب .

---

(١) في هامش (ص) : (قال بعضهم : بل المتجه ما قاله في « التهذيب » ؛ لأن الغصب يقتضي بوضعه فعلاً مستقلاً ، فهو في معنى قوله : لا أنشىء غصباً ، وأما « غصبه شهراً » . . فمعناه : غصبه وأقام عنده شهراً وجرت عليه أحكام الغصب شهراً ، وأما تسميته غاصباً باعتبار الماضي . . فمجاز لا حقيقة) .

لَاَ بِدُخُولِ طَاقٍ قُدَّامَ ٱلْبَابِ ، وَلاَ بِصُعُودِ سَطْحٍ غَيْرِ مُحَوَّطٍ ، وَكَذَا مُحَوَّطٌ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

و(الدهليز) بكسر الدال : ما بين الباب والدار ، فارسي معرب ، وجمعه دهاليز .

قال : (**لا بدخول طاق قدام الباب**) ؛ لأنه لا يقال دخل الدار .

وفي وجه : يحنث ؛ لأنه من الدار بدليل دخوله في بيعها .

و(الطاق) : المعقود أمامها متصلاً بها ، فارسي معرب أيضاً ، وجمعه أطواق .

كل هـٰذا إذا لم يكن للطاق باب يغلق كالدرب ؛ فإن كان . . قال المتولي : هو من الدار مسقفاً كان أو غير مسقف ، كذا نقله عنه الرافعي وأقره ، وهو مشكل ؛ لخروجه عن العرف .

وقوله : (قدام الباب) تفسير للطاق لا تقييد .

قال : (**ولا بصعود سطح غير محوط**)[1] المراد : إذا صعده من خارج بأن تسور إليه من الجدار أو دار . . جاز ؛ لأن السطح حاجز يقي الدار الحر والبرد فهو كحيطانها ، وهو لو وقف على العتبة في سمك الحائط . . لم يحنث ، فكذا هنا ، ولأن الدار حرز يقطع السارق منها بخلاف السطح ، سواء كان محوطاً بحجر أو آجر ، أو محصراً بقصب أو خشب .

وفي وجه ضعيف : يحنث بغير المحوط ؛ لأنه جزء من الدار بدليل دخوله في بيعها .

قال : (**وكذا محوط في الأصح**) ؛ لأنه لا يقال له في العرف داخل الدار .

والثاني : يحنث ؛ لإحاطة حيطان الدار به ، ولهـٰذا لو صلىٰ علىٰ سطح الكعبة وهو علىٰ هـٰذه الهيئة . . صحت صلاته ، وهـٰذا يبطل بما إذا كان التحويط من جانب واحد فإنه لا أثر له .

---

(١) في هامش (ت) : (وحكى البغوي في المحوط وجهين) .

وَلَوْ أَدْخَلَ يَدَهُ أَوْ رَأْسَهُ أَوْ رِجْلَهُ. . لَمْ يَحْنَثْ ، فَإِنْ وَضَعَ رِجْلَيْهِ فِيهَا مُعْتَمِداً عَلَيْهِمَا . . حَنِثَ . وَلَوِ ٱنْهَدَمَتْ فَدَخَلَ وَقَدْ بَقِيَ أَسَاسُ ٱلْحِيطَانِ. . حَنِثَ ، . . .

وقيل : إن كانت السترة عالية بحيث يحجز مثلها لو كان في العرصة. . حنث ، وإلا . . فلا .

ولو حلف لا يخرج منها فصعد السطح . . حنث ، قاله ابن الصباغ .

ولو حلف ليخرجن منها فصعده . . بر في الأصح .

قال : (**ولو أدخل يده أو رأسه أو رجله . . لم يحنث**) ؛ لأنه لا يسمىٰ داخلاً ولا خارجاً ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج رأسه إلىٰ عائشة وهو معتكف[1] ، ولم يعد ذلك خروجاً مبطلاً للاعتكاف .

ونظيره : ماسح الخف إذا أخرج بعض رجله عن مقرها ثم أحدث ثم أعادها قبل استكمال النزع . . يجوز المسح عليها ولو أدخل بعضها ابتداء ثم أحدث قبل استقرارها . . لم يجز المسح ؛ تمسكاً بالأصل حتىٰ يظهر خلافه .

قال : (**فإن وضع رجليه فيها معتمداً عليهما**) أي : وباقي بدنه خارج (. . **حنث**) ؛ لأنه يسمىٰ داخلاً .

واحترز بقوله : (معتمداً) عما إذا مدهما وهو قاعد . . فلا حنث ، ويقاس الخروج في جميع ذلك بالدخول .

قال : (**ولو انهدمت فدخل وقد بقي أساس الحيطان . . حنث**) ؛ لتحقق الدخول فيها ، كذا قاله في « التهذيب » ، وتبعه في « المحرر » و« المنهاج » ، واستبعده في « المطلب » بأن حقيقة الأساس هو البناء المدفون في الأرض تحت الجدار البارز .

وعبارة « الشرح » و« الروضة » : إن بقي أصول الحيطان والرسم . . حنث ، وهي أولىٰ من عبارة الكتاب .

والظاهر : ما قاله الإمام : إن انهدم بعضها ، فإن كان يسمىٰ داراً . . حنث به ،

---

(١) البخاري (٣٠١) ، ومسلم (٦/٢٩٧) .

وَإِنْ صَارَتْ فَضَاءً أَوْ جُعِلَتْ مَسْجِداً أَوْ حَمَّاماً أَوْ بُسْتَاناً . . فَلاَ . وَلَوْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ . . حَنِثَ بِدُخُولِ مَا يَسْكُنُهَا بِمِلْكٍ ، لاَ بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ وَغَصْبٍ ،

وإن سميت رسوم دار . . فلا ، وذكر مثله الغزالي في « البسيط » ، والجاجرمي والفوراني والماوردي .

والحاصل : أن الحكم يدار مع اسم الدار وعدمه ، وهو ظاهر نص « الأم » و« المختصر » ، وأطبق عليه الأصحاب ، وكأن الرافعي والمصنف لم يمعنا النظر في المسألة .

كل هـٰذا إذا قال : هـٰذه الدار ، فإن قال : لا أدخل هـٰذه . . حنث بالعرصة ، ولو قال : داراً . . لم يحنث بفضاء ما كان داراً ، وهـٰذه ترد على الكتاب ؛ فإنه صور المسألة في أولها بقوله : (داراً) لـٰكن مراده هـٰذه الدار .

قال : (**وإن صارت فضاء أو جعلت مسجداً أو حماماً أو بستاناً . . فلا**) ؛ لزوال مسمى الدار .

ومقتضىٰ عبارة الكتاب : انحلال اليمين بذلك ، حتىٰ لو أعيدت لم يحنث ، وهو كذلك إذا أعيدت بآلة أخرىٰ ، فإن أعيدت بآلتها الأولىٰ . . فالأصح في زوائد « الروضة » الحنث .

قال : (**ولو حلف لا يدخل دار زيد**) وكذلك لا يدخل بيته (. . **حنث بدخول ما يسكنها بملك لا بإعارة وإجارة وغصب**) ؛ لأن الإضافة إلىٰ من يملك تقتضي ثبوت الملك حقيقة ، بدليل أنه لو قال : هـٰذه الدار لزيد . . كان إقراراً له بالملك ، حتىٰ لو قال : أردت أنه يسكنها . . لم يقبل .

وعن القاضي حسين : أنه إن حلف بالفارسية حمل على المسكن .

قال الرافعي : ولا يكاد يظهر فرق بين اللغتين .

قال القمولي : وأفتىٰ بعض علماء عصرنا بالحنث بدخول الدار التي يسكنها بإجارة أو إعارة ؛ لأنه المفهوم عرفاً وهو قول الأئمة الثلاثة .

ولا يحنث بدخول الدار الموقوفة عليه إن قلنا : لا يملكها ، وإن قلنا : يملكها . . حنث .

ولو حلف لا يدخل مسكن زيد . . حنث بدخول ما يسكنه بإجارة أو إعارة ؛ لأنه

إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ مَسْكَنَهُ ، وَيَحْنَثُ بِمَا يَمْلِكُهُ وَلاَ يَسْكُنُهُ ، إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ مَسْكَنَهُ . وَلَوْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ أَوْ لاَ يُكَلِّمُ عَبْدَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ فَبَاعَهُمَا أَوْ طَلَّقَهَا فَدَخَلَ وَكَلَّمَ . . لَمْ يَحْنَثْ ، . . . .

وجد المسكون حقيقة ، فلو دخل مسكنه المغصوب . . فوجهان : صحح المصنف أنه يحنث إلا أن ينوي مسكنه المملوك . . فلا يحنث بغيره .

ومقتضىٰ عبارة المصنف : أنه لو حدثت له دار أخرىٰ . . حنث بدخولها ، وهو قياس ما فرقوا به بين الولد المتجدد والعبد المتجدد ، فإنه إذا حلف لا يكلم عبد فلان . . حنث بالموجود في ملكه والمتجدد اعتباراً بالمالك ، وإن قال : لا أكلم ولد فلان . . حنث بالموجود دون المتجدد ، والفرق : أن اليمين ينزل علىٰ ما للمحلوف عليه قدرة علىٰ تحصيله ، ويشكل عليه ما لو حلف لا يمس شعر فلان فحلقه ونبت شعر آخر فمسه . . فإنه يحنث كما صرح به صاحب « الكافي » وغيره .

قال : (**إلا أن يريد مسكنه**) فيحنث بالمعار ونحوه ؛ لأنه مجاز اقترنت به النية ، قال الله تعالىٰ : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾ والمراد : بيوت الأزواج التي يسكنَّها .

قال : (**ويحنث بما يملكه ولا يسكنه**) ؛ لأنه دخل في دار زيد حقيقة قال : (**إلا أن يريد مسكنه**) فلا يحنث بذلك اعتباراً بقصده . وهـٰذا متفق عليه إذا كان الحلف بالله تعالىٰ ، فإن كان بالطلاق أو العتاق . . لم يقبل في الحكم .

هـٰذا إذا كان يملك الجميع ، فإن كان يملك بعض الدار . . فظاهر نص « الأم » ـ وأطبق عليه الأصحاب ـ : أنه لا يحنث وإن كثر نصيبه .

وفي معنى الملك ما لا يعرف إلا به كسوق أو دار أو خان بالبلد لا يعرف إلا به كسوق أمير الجيوش بمصر ، وسوق يحيىٰ ببغداد ، وخان أبي يعلىٰ بقزوين ، ودار الأرقم بمكة ، فإذا حلف لا يدخل ذلك . . حنث بدخوله وإن كان من يضاف إليه ميتاً ؛ لتعذر حمل الإضافة على الملك فتعين أن يكون للتعريف ، ومثله في « الروضة » بدار العقيقي بدمشق .

قال : (**ولو حلف لا يدخل دار زيد أو لا يكلم عبده أو زوجته فباعهما أو طلقها فدخل وكلم . . لم يحنث**) ؛ تغليباً للحقيقة ، لأنه لم يدخل داره ، ولم يكلم عبده

إِلاَّ أَنْ يَقُولَ : دَارَهُ هَـٰذِهِ ، أَوْ زَوْجَتَهُ هَـٰذِهِ ، أَوْ عَبْدَهُ هَـٰذَا . . فَيَحْنَثُ ، إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ مَا دَامَ مِلْكُهُ . وَلَوْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ مِنْ هَـٰذَا ٱلْبَابِ ، فَنُزِعَ وَنُصِبَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهَا . . لَمْ يَحْنَثْ بِٱلثَّانِي ، وَيَحْنَثُ بِٱلأَوَّلِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وزوجته حقيقة ؛ لزوال الملك بالبيع والطلاق .

وكذلك إذا قال : لا أكلم زوج هـٰذه المرأة وسيد هـٰذا العبد فكلمه بعد زوال الملك أو النكاح .

ولو عبر بقوله : فأزال ملكهما بدل (فباعهما) . . كان أعم ؛ لتدخل الهبة وغيرها .

ولو اشترىٰ زيد داراً بعد بيع الأولىٰ . . قال الصيدلاني : إن أراد الأولىٰ . . لم يحنث بالثانية ، وإن أراد أي دار كانت في ملكه . . حنث بالثانية دون الأولىٰ ، وإن أراد ما جرىٰ عليه ملكه . . حنث بأيهما دخل .

قال : (**إلا أن يقول : داره هـٰذه ، أو زوجته هـٰذه ، أو عبده هـٰذا . . فيحنث**) ؛ تغليباً للتعيين فإنه أقوىٰ .

قال : (**إلا أن يريد ما دام ملكه**) عملاً بالإرادة ، وضبط المصنف بخطه الكاف بالفتح والضم ، وكلاهما صحيح .

وضابط هـٰذا النوع : أن تعلق اليمين بشيء بعينه مضافاً إلىٰ غيره .

وضابط النوع قبله : أن تعلق اليمين بشيء غير معين مضافاً إلىٰ غيره إضافة ملك لا تعريف .

قال : (**ولو حلف لا يدخل من هـٰذا الباب ، فنزع ونصب في موضع آخر منها . . لم يحنث بالثاني ، ويحنث بالأول في الأصح**) .

أصل هـٰذه المسألة : أن الباب عند الإطلاق هل يحمل على المنفذ أو على الخشب المنصوب أو عليهما ، وفي ذلك أوجه :

أصحها : أولها ؛ لأنه المحتاج إليه في الدخول دون المنصوب ، ويتفرع عليها مسألة الكتاب ، والأصح فيها الحنث اعتباراً بالمنفذ الأول وإن لم يكن الخشب عليها .

أَوْ لاَ يَدْخُلُ بَيْتاً . . حَنِثَ بِكُلِّ بَيْتٍ مِنْ طِينٍ أَوْ حَجَرٍ أَوْ آجُرٍّ أَوْ خَشَبٍ أَوْ خَيْمَةٍ ،

والثاني : عكسه اعتباراً بالخشب .

والثالث : لا يحنث بواحد منهما ، إنما يحنث بالأول إذا كان الخشب عليه .

هـٰذا كله عند الإطلاق ، فإن نوىٰ شيئاً من ذلك . . حمل عليه بلا خلاف .

ولا فرق عند الرافعي وجماعة بين أن يسد الباب الأول أم لا .

وقيد صاحبا « المهذب » و« التهذيب » المسألة بأن يكون الأول قد سد ، وتبعهما المصنف في « نكت التنبيه » ، قال ابن الرفعة ولم يتعرض له الجمهور ، ولا يظهر لسده أثر في الاعتبار ، وإنما وقع في كلامهما جرياً على الغالب في أنه لا يفتح باب إلا ويسد الأول ، ويحتمل أن يكون وجهاً في المسألة .

وصورة المسألة ـ كما قال المصنف ـ : إذا أشار إلى الباب ، فإن قال : لا أدخلها من بابها ففتح باب جديد فدخل منه . . حنث في الأصح ؛ لأن المفتوح ثانياً ينطلق عليه اسم (بابها) .

ونقل الرافعي في آخر الباب عن الحنفية ـ ووافقهم عليه ـ : أنه لو حلف لا يدخل هـٰذه الخيمة فنقلت وضربت في موضع آخر فدخلها . . حنث .

قال : (**أو لا يدخل بيتاً**) أي : ولا نية له (. . **حنث بكل بيت من طين أو حجر أو آجر أو خشب أو خيمة**)[1] ؛ لأن اسم البيت يقع علىٰ ذلك حقيقة في اللغة ، واستدل بعضهم لذلك بقوله تعالىٰ : ﴿ وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَـٰمِ بُيُوتًا ﴾ .

---

(١) في هامش (د) : (لأن اللفظ صالح للجميع لغة ، ولا معارض له عرفاً ، وأما عدم استعمال أهل الأمصار لبيت الشعر . . فلا يوجب تخصيصاً ولا نقلاً عرفياً في اللفظ ، بل هو كلفظ الطعام الذي يعم جميع أنواعه مع اختصاص بعض النواحي بنوع أو نوعين أو أكثر منها ، وهـٰذه المسألة هي التي عبر عنها ابن الحاجب رحمه الله تعالىٰ في « المختصر » بقوله : الجمهورُ : أن العادة في تناول بعض خاص ليس بمخصص ، ولا يرد عليها ما لو حلف لا يأكل الرؤوس حيث لا يحنث بأكل رؤوس الطير والسمك ؛ لأن لفظ الرؤوس بقرينة تعلق الأكل به لا يطلقه أهل العرف علىٰ رؤوس الطير والسمك ، ومثله البيض لا يطلقونه علىٰ بيض السمك .

وفرق بين تخصيص العرف للفظ بالنقل عن مدلوله اللغوي إلىٰ ما هو أخص منه وبين انتفاء استعمال أهل العرف لبعض أفراد مسماه) .

واعترض عليه بأنه لا يحنث بالمساجد كما سيأتي ، وسماها الله تعالىٰ بيوتاً ، وسواء كان الحالف حضرياً أو بدوياً ، هـٰذا هو الأصح المنصوص .

وقيل : لا يحنث بالخيمة ونحوها إن كان حضرياً ، وصححه الجاجرمي .

وقيل : إن قربت قريته من البادية . . حنث ، وإلا . . فلا ؛ لأن ما قارب الشيء أعطي حكمه .

كل هـٰذا عند الإطلاق ، فإن نوىٰ نوعاً منها . . انصرف إليه ، وفيما إذا تلفظ بالبيت بالعربية ، فإن قاله بالفارسية . . فالأصح في « الشرح الصغير » : لا يحنث ببيت الشعر والخيام ، لأن العجم إنما يطلقونه على المبني[1] ، وهو وارد علىٰ إطلاق المصنف .

قال : (**ولا يحنث بمسجد وحمام وكنيسة وغار جبل**) ؛ لأنها ليست للإيواء والسكنىٰ ، واسم البيت لا يقع عليها إلا بضرب من التقييد كما يقال : الكعبة بيت الله والبيت الحرام .

وقيل : يحنث بالكعبة والمسجد ؛ لأن الله سمىٰ كلاً منهما بيتاً ، والتكرر في القرآن يجعل اللفظ صريحاً .

وقيد الإمام والمتولي موضع الخلاف في المسجد بالمسقف .

ولا يحنث بساحة المدرسة والرباط ، ولا بدخول دهليز دار وصحنها أو صفتها على الأصح ؛ لأنه يقال : لم يدخل البيت وإنما وقف في الدهليز والصفة ، وهـٰذا بخلاف ما تقدم في دخول الدار ، فإنه يحنث بدخول دهليزها ؛ لأنه يقال : دخل الدار بذلك .

والأصح في زوائد « الروضة » : أنه لا يحنث بدخول بيت الرحىٰ .

وما ذكره في (غار الجبل) ظاهر إذا لم يقصد به الإيواء ، أما ما اتخذ منها بيتاً

---

(١) في هامش (د) : (فلو قال الأعجمي : والله در خانه نشوم . . لم يحنث إلا بالمبني) وفي الفارسية : (در) حرف جر بمعنىٰ في ، و(خانه) : منزل ، وربما أدمجت (درخانه) ويراد بها : السراي ، و(نشوم) النون : حرف نفي يدخل على الفعل ، و(شو) فعل : دخل ، و(الميم) : ضمير الفاعلية للمفرد المتكلم ، والمعنى والله أعلم : (والله لا دخلت المنزل أو البيت) .

أَوْ لاَ يَدْخُلُ عَلَىٰ زَيْدٍ ، فَدَخَلَ بَيْتاً فِيهِ زَيْدٌ وَغَيْرُهُ . . حَنِثَ ، وَفِي قَوْلٍ : إِنْ نَوَى ٱلدُّخُولَ عَلَىٰ غَيْرِهِ دُونَهُ . . لَمْ يَحْنَثْ ، فَإِنْ جَهِلَ حُضُورَهُ . . فَخِلاَفُ حِنْثِ ٱلنَّاسِي . قُلْتُ : وَلَوْ حَلَفَ لاَ يُسَلِّمُ عَلَيْهِ ، فَسَلَّمَ عَلَىٰ قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ وَٱسْتَثْنَاهُ . . لَمْ يَحْنَثْ ، . . . .

للسكنىٰ . . فيحنث به من اعتاد سكناه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ يَنْحِتُونَ مِنَ ٱلْجِبَالِ بُيُوتًا ﴾ ﴿ وَتَنْحِتُونَ ٱلْجِبَالَ بُيُوتًا ﴾ أما الغار . . فلا يسمىٰ بيتاً .

قال : (**أو لا يدخل علىٰ زيد ، فدخل بيتاً فيه زيد وغيره . . حنث**) ؛ لوجود صورة الدخول عليه .

قال : (**وفي قول : إن نوى الدخول علىٰ غيره دونه . . لم يحنث**) كما في مسألة السلام الآتية ، والفرق : أن الاستثناء لا يصح من الأفعال .

قال : (**فإن جهل حضوره . . فخلاف حنث الناسي**) ، سواء كان فيه وحده أم مع غيره .

والأصح عدم الحنث ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ [الأحزاب : ٥] ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان » واليمين داخلة في هـٰذا العموم .

ولو دخل لشغل ولم يعلم به . . فأولىٰ بعدم الحنث ؛ لانضمام قصد الشغل إلى الجهل ، وقيل : الجاهل أولىٰ بالحنث من الناسي ، وقال القفال : يحنث في الطلاق دون الأيمان بالله تعالىٰ .

لـٰكن يستثنىٰ ما إذا قال : لا أدخل عليه عامداً ولا ناسياً . . فإنه يحنث إذا دخل ناسياً بلا خلاف .

ثم إذا حكمنا بعدم الحنث في الناسي والجاهل . . لا ينحل اليمين على الأصح كما تقدم في الطلاق .

قال : (**قلت : ولو حلف لا يسلم عليه ، فسلم علىٰ قوم هو فيهم واستثناه . . لم يحنث**) ؛ لأنه سلم بلفظ عام يقبل التخصيص بالنية وقد خصه ، بخلاف الدخول .

وَإِنْ أَطْلَقَ . . حَنِثَ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فَصْلٌ :

حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ ٱلرُّؤُوسَ وَلاَ نِيَّةَ لَهُ . . حَنِثَ بِرُؤُوسٍ تُبَاعُ وَحْدَهَا ، . . . . . .

ولا فرق بين أن يستثنيه باللفظ أو بالنية على الأصح .

قال : (**وإن أطلق . . حنث في الأظهر والله أعلم**) نظراً إلىٰ عموم اللفظ ، وهو الراجح في « الشرحين » .

والثاني : لا ؛ لأن اللفظ يصلح للجميع وللبعض فلا يحنث بالشك .

وفهم من تحنيثه عند الإطلاق تحنيثه إذا قصده من باب أولىٰ .

تتمة :

يجري الخلاف فيما لو سلم الحالف من صلاة وزيد من المأمومين به ، كذا قاله الرافعي ، وقال ابن الصلاح : إنه قياس المذهب ، وبه جزم المتولي ، وفيه نظر ؛ لأنه خارج عن العرف ، ولا سيما إذا بعد عن الإمام بحيث لا يسمع كلامه فإنه لا يعد مكلماً .

وقد صرح الرافعي في هٰذا في (كتاب الطلاق) بعدم الحنث ، ويحتمل التفصيل بين أن يقصده أم لا كما سيأتي في قراءة الآية المفهمة .

قال : (**فصل :**

حلف لا يأكل الرؤوس) وكذلك لا يشتريها (**ولا نية له . . حنث برؤوس تباع وحدها**) وهي رؤوس الغنم والبقر والإبل ؛ لأن ذلك هو المتعارف أكله ، فإنها تفرد وتقصد بالأكل فيحنث بها دون غيرها ، ومجموع ما في ذلك خمسة آراء ما بين قول ووجه :

أصحها : ما قاله المصنف .

والثاني : أنه يحنث بالرؤوس مطلقاً .

والثالث : عن ابن سريج : لا يحنث إلا برؤوس البقر والغنم .

والرابع : عن أبي هريرة : أنه إنما يحنث بأكل رؤوس الغنم خاصة .

والخامس : أنه لا يحنث في البلد الذي لم تجر العادة فيها ببيع غير رؤوس الغنم إلا برؤوس الغنم .

واحترز بقوله : (لا نية له) عما إذا نوىٰ مسمى الرأس . . فلا يختص بما يباع وحده ، أو نوىٰ نوعاً خاصاً . . فلا يحنث بغيره على المنصوص .

والرأس : يجمع في القلة علىٰ أرؤس ، وفي الكثرة علىٰ رؤوس ، ويقال لبائعه : رآس ، والعامة تقول : رواس .

قيل : كان مروان بن أبي حفصة بخيلاً ، وكان لا يأكل من اللحم إلا الرؤوس ، فقيل له في ذلك فقال : لأن الرأس أعلم سومه وآمن خيانة بائعه ومبتاعه ، ولا يؤخذ منه شيء إلا عرف ، وفيه طعوم مختلفة .

قال : (**لا طير وحوت وصيد**) ؛ لأنها لا تفرد بالبيع ، ولا تفهم من اللفظ عند الإطلاق .

قال : (**إلا ببلد تباع فيه مفردة**) فإنه يحنث بأكلها هناك ؛ لأنها كرؤوس الأنعام في غيرها ، ففي غير تلك البلد إذا أكلها . . لم يحنث ؛ عملاً بعرف البلد ، كذا صححه المصنف في « التصحيح » .

والثاني ـ وهو الأقوىٰ في « الشرحين » و« الروضة » ـ : الحنث كخبز الأرز ، وهو أقرب إلىٰ ظاهر النص .

وهل يعتبر نفس البلد أو كون الحالف من أهله وجهان[1] .

وظاهر كلام المصنف : أنه لا فرق بين أن يأكل بعض الرأس أو كله .

وفي « فروع ابن القطان » : إذا قال : الرؤوس . . لا بد من أكل ثلاثة منها .

قال القفال : سمعت الشيخ أبا زيد يقول : لا أدري ماذا بنى الشافعي عليه مسائل الأيمان ، إن كان يتبع اللفظ . . فمن حلف لا يأكل الرؤوس ينبغي أن يحنث بكل

---

(١) في هامش (ص) : (رجح البلقيني الثاني) .

وَٱلْبَيْضُ يُحْمَلُ عَلَىٰ مُزَايِلِ بَائِضِهِ فِي ٱلْحَيَاةِ كَدَجَاجٍ وَنَعَامَةٍ وَحَمَامٍ ، لاَ سَمَكٍ وَجَرَادٍ . ...

رأس ، وإن اتبع العرف . . فأصحاب القرىٰ لا يعدون الخيام بيوتاً ، ولم يفرق بين القروي والبدوي .

قال الرافعي : والفرق أنه يتبع اللفظ تارة ، وذلك عند ظهوره وشموله وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا اشتهر واطرد أبداً .

قال : (**والبيض يحمل علىٰ مزايل بائضه في الحياة كدجاج ونعامة وحمام**) وكذلك العصافير والإوز والبط ونحوها ؛ لأنه المفهوم عند الإطلاق .

والثاني : يحنث بهٰذه البيوض خلا بيض الحمام والعصافير .

والثالث : لا يحنث إلا ببيض الدجاج والإوز .

والرابع : لا يحنث إلا ببيض الدجاج .

وفرع الماوردي على الثالث أنه يحنث بأكل بيض النعام أهلُ البادية دون أهل الأمصار .

قال المتولي : ولا يحنث بأكل خصية الشاة وإن حلف بالعجمية ، وأما المتصلب في الجوف الذي خرج بعد الموت . . فالأصح في زوائد « الروضة » الحنث بأكله .

قال : (**لا سمك وجراد**) فإنه لا يحنث بأكل بيضهما ؛ لأنه لا يؤكل منفرداً ، فلا ينزل اليمين عليه .

قال الأذرعي[1] : وبيض السمك هو البطارخ ، فلو حلف لا يأكل بيض السمك . . حنث بالبطارخ ؛ لأنه بيضه ، قال : ولا يجوز أكل مصارين السمك المملوحة مع بيضه ؛ لأنها محتوشة على النجاسة .

والبيض : جمع بيضة ، تقول : باضت الطائر فهي بائض ، ودجاجة بياضة وبيوض : إذا أكثرت البيض ، ورجل بياض يبيع البيض ، والبيض كله بالضاد إلا بيظ النمل فبالظاء المشالة .

---

(١) في (ز) : (الأصمعي) .

تتمة :

لا فرق في الحنث بين أكله وحده أو مع اللحم ، أو في الطبيخ إذا ظهر فيه ، فأما إذا أكله في شيء لا تظهر صورته فيه كالناطف المعمول ببياضه . . لم يحنث قاله المتولي ، وبه أجاب المسعودي ، فسعد بالجواب لما أقفلت المسألة علىٰ شيخه القفال ، فتوقف فيمن حلف لا يأكل البيض ثم لقي رجلاً فحلف ليأكلن مما في كمه فإذا هو بيض ، فقال المسعودي : يتخذ منه ناطفاً ويأكله فيكون قد أكل ما في كمه ولم يأكل البيض ، فاستحسن ذلك منه .

قال : (**واللحم علىٰ نعم وخيل ووحش وطير**) ؛ لوقوع اسم اللحم عليه حقيقة ، قال تعالىٰ : ﴿وَلَحْمِ طَيْرٍ مِّمَّا يَشْتَهُونَ﴾ .

والمراد بـ(النعم) : الإبل والبقر والغنم .

و(الخيل) من زوائده علىٰ « المحرر » وعلىٰ « الشرح » و« الروضة » ، وقد صرح به ابن الصباغ وغيره .

قال : (**لا لحم سمك**) ؛ لأنه يصح أن يقال : ما أكلت لحماً ، بل سمكاً ، ولأنه لا يفهم من الإطلاق عرفاً وإن سماه الله تعالىٰ لحماً طرياً ، كما لا يحنث بالجلوس في الشمس إذا حلف لا يجلس في ضوء السراج وإن سماها الله تعالىٰ سراجاً ، وكما لا يحنث بالجلوس على الأرض إذا حلف لا يجلس علىٰ بساط وإن سماها الله تعالىٰ بساطاً .

وقيل : يحنث به ؛ لظاهر الآية .

وظاهر إطلاق المصنف أنه لا فرق بين المأكول وغيره ، وهو في المأكول بلا خلاف ، وفي غيره كالميتة والخنزير والذئب وجهان : أقواهما في زوائد « الروضة » : عدم الحنث ؛ لأنه يقصد باليمين المعتاد ، ولأنه واقع على المأكول شرعاً كالبيع والنكاح .

هـٰذا كله عند الإطلاق ، فإن نوىٰ شيئاً . . حمل عليه .

وَشَحْمِ بَطْنٍ ، وَكَذَا كَرِشٌ وَكَبِدٌ وَطِحَالٌ وَقَلْبٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

ولا فرق بين المطبوخ والمشوي والنيء والقديد والطري .

واقتصاره هنا على استثناء السمك ولم يذكر معه الجراد كما فعل في البيض يوهم الحنث بالجراد ، والصواب : عدم الحنث به .

ورام الرافعي تخريج خلاف فيه من الخلاف المتقدم في (باب الربا) أن الجراد هل هو من جنس اللحم؟ وخالفه المصنف فجزم في زوائد « الروضة » بعدم الحنث ؛ لعدم الإطلاق لغة .

قال : (**وشحم بطن**) ، وكذلك شحم العين ؛ لأنهما يخالفان اللحم اسماً وصفة .

وقال مالك : إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل شحماً . . حنث ، وإن حلف لا يأكل شحماً فأكل اللحم . . لم يحنث ؛ لأن اللحم مع الشحم يقع عليه اسم اللحم ، واللحم لا يدخل في الشحم ؛ لأن الله تعالىٰ حرم لحم الخنزير ، فناب ذكر لحمه عن شحمه ؛ لأنه دخل تحت اسم اللحم ، وحرم علىٰ بني إسرائيل الشحوم بقوله : ﴿ **حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ** ﴾ فلم يحرم عليهم بذلك اللحم ؛ لأنه لم يدخل في اسم الشحم .

قال : (**وكذا كرش وكبد وطحال وقلب في الأصح**) ؛ لصحة نفيه عنها في الحلف عند الإطلاق .

والثاني : يحنث ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنها في حكم اللحم .

ولا يحنث بأكل المخ جزماً .

و(الكرش) بفتح الكاف وكسر الراء ، ويجوز إسكانها مع كسر الكاف وفتحها ، وهي من الحيوان كالمعدة للإنسان ، وهي مؤنثة ، وجمعها في القلة : أكراش ، وفي الكثرة : كروش .

و(الكبد) مؤنثة ، وهي بكسر الباء ، ويجوز إسكانها مع فتح الكاف وكسرها ، والجمع : أكباد وأكبد وكبود .

و(الطحال) بكسر الطاء معروف .

وَٱلْأَصَحُّ : تَنَاوُلُهُ لَحْمَ رَأْسٍ وَلِسَانٍ وَشَحْمِ ظَهْرٍ وَجَنْبٍ ، وَأَنَّ شَحْمَ ٱلظَّهْرِ لاَ يَتَنَاوَلُهُ ٱلشَّحْمُ ، ....

قال الجوهري : ويقال : إن الفرس لا طحال له ، وهو مثل لسرعته وجريه كما يقال للبعير : لا مرارة له ؛ أي : لا جسارة له .

روى البيهقي في « الشعب » [٤٦٦٢] عن علي أنه قال : (العقل في القلب ، والرحمة في الكبد ، والرأفة في الطحالة) .

قال : (**والأصح : تناوله**) يعني : اللحم (**لحم رأس ولسان**) ؛ لصدق الاسم عليهما .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يطلق عليهما إلا مضافاً ، والخلاف جارٍ في لحم الخد والأكارع ، لـٰكنه جزم هنا بطريقة الوجهين .

وصحح في « الروضة » تبعاً لـ« الشرح » القطع بالتناول ، وسكت الشيخان هنا عن الجلود ، وفي « الرافعي » في (باب الربا) : أنها جنس آخر غير اللحم .

وذكر صاحب « الإستقصاء » هناك أنها قبل أن تغلظ وتخشن من جنس اللحم ؛ لأنها لا ينتفع بها في غير الأكل فهي كسائر أجزاء اللحم ، فإذا غلظت وخشنت.. كانت جنساً آخر ؛ لأنه لم تجر العادة بأكلها ، وهـٰذا متعين هنا .

وقال ابن أبي عصرون : لا يحنث بقانصة الدجاج وجهاً واحداً ؛ لأنها لا تدخل في مطلق اسم اللحم .

قال : (**وشحم ظهر وجنب**) وهو الأبيض الذي لا يخالطه الأحمر ؛ لأنه لحم سمين ، ولهـٰذا يحمر عند الهزال .

والثاني : لا ؛ لأنه شحم ، قال تعالىٰ : ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ ، وإذا كان شحماً.. كان كشحم البطن والعين ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة ومالك .

قال : (**وأن شحم الظهر لا يتناوله الشحم**) ، وكذا شحم العين ؛ لما ذكرناه من كونه لحماً .

وَأَنَّ ٱلأَلْيَةَ وَٱلسَّنَامَ لَيْسَا شَحْماً وَلاَ لَحْماً . وَٱلأَلْيَةُ لاَ تَتَنَاوَلُ سَنَاماً وَلاَ يَتَنَاوَلُهَا ، وَٱلدَّسَمُ يَتَنَاوَلُهُمَا وَشَحْمَ ظَهْرٍ وَبَطْنٍ وَكُلَّ دُهْنٍ ، وَلَحْمُ بَقَرٍ يَتَنَاوَلُ جَامُوساً . . .

والثاني : يتناوله ؛ لما قلناه من كونه شحماً .

وقيل : إن كان الحالف عربياً . . فهو شحم ؛ لأنهم يعدون ذلك شحماً ، وإن كان عجمياً . . فهو لحم ؛ لعرفهم .

قال : (**وأن الألية والسنام ليسا شحماً ولا لحماً**) ؛ لأنهما يخالفان كلاً منهما في الاسم والصفة .

والثاني : هما لحم ؛ لقربهما من اللحم السمين .

والثالث : أنهما من اللحم ؛ لأنهما ينبتان فيه وأشبهاه في الصلابة .

وعطف المصنف يقتضي قوة الخلاف ، وهو قد عبر في « الروضة » بالصحيح ، وحكاية الخلاف في الألية والسنام فيه توقف ، إنما حكاه الماوردي وصاحب « الشامل » و« المهذب » وغيرهما في الألية خاصة .

قال : (**والألية لا تتناول سناماً ولا يتناولها**) ؛ للمخالفة في الاسم والصفة ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، فتجب قراءة الألية هنا بالرفع على الابتداء ، ولا يجوز أن يكون معطوفاً علىٰ ما قبله ؛ لإيهام جريان الخلاف فيه .

قال : (**والدسم يتناولهما وشحم ظهر وبطن وكلَّ دهن**) ؛ لصدق الاسم عليه .

قال ابن سيده : الدسم : الودك ، وقال : الودك : الدسم .

وقال الجوهري : الدسم معروف ، وقال : الودك : دسم اللحم .

وعلىٰ كل حال : لا يحنث بدهن السمسم ، قاله البغوي ، وفي معناه دهن الجوز واللوز ونحوهما ، ولم يذكروا اللبن ، وفي « الصحيح » [خ ٢١١ـ م ٣٥٨] : أنه صلى الله عليه وسلم شربه ثم تمضمض وقال : « إن له دسماً » .

قال : (**ولحم بقر يتناول جاموساً**) ؛ لدخوله تحت اسم البقر ، ولهـٰذا كان جنساً واحداً في (باب الربا) ، ويكمل نصاب البقر بالجواميس في الزكاة .

وفي تناول لحم البقر الوحشية وجهان : أصحهما : نعم ، وقياس هـٰذا تناول الضأن المعز ؛ لأنهم جعلوها في (باب الربا) جنساً واحداً ، وفيه نظر ؛ للعرف .

وَلَوْ قَالَ ـ مُشِيراً إِلَىٰ حِنْطَةٍ ـ : لاَ آكُلُ هَـٰذِهِ . . حَنِثَ بِأَكْلِهَا عَلَىٰ هَيْئَتِهَا وَبِطَحِينِهَا وَخُبْزِهَا . وَلَوْ قَالَ : لاَ آكُلُ هَـٰذِهِ ٱلْحِنْطَةَ . . حَنِثَ بِهَا مَطْبُوخَةً وَنِيئَةً وَمَقْلِيَّةً ، لاَ بِطَحِينِهَا وَسَوِيقِهَا وَعَجِينِهَا وَخُبْزِهَا ، . . . .

فرع :

حلف لا يأكل الميتة . . لم يحنث بالمذكىٰ ، وفي السمك والجراد وجهان : أصحهما : لا يحنث كمن حلف لا يأكل دماً فأكل كبداً أو طحالاً .

قال : (**ولو قال ـ مشيراً إلىٰ حنطة ـ : لا آكل هـٰذه . . حنث بأكلها علىٰ هيئتها**) بلا خلاف .

قال : (**وبطحينها وخبزها**) ؛ عملاً بالإشارة ، هـٰذا عند الإطلاق ، فإن نوىٰ شيئاً . . اعتبرت نيته .

قال : (**ولو قال : لا آكل هـٰذه الحنطة . . حنث بها مطبوخة ونيئة ومقلية**) ؛ لوجود الاسم[1] كما لو قال : لا آكل هـٰذا اللحم فجعله شواء .

والمراد : إذا طبخت مع بقاء حباتها ، فلو عصدت أو هرست . . فلا ؛ لزوال الاسم .

قال : (**لا بطحينها وسويقها وعجينها وخبزها**) ؛ لزوال اسم الحنطة[2] ، وصار كما لو زرعها وأكل حشيشها ، أو لا آكل هـٰذا البيض فصار فراخاً فأكله ، هـٰذا هو الصحيح ، وفي الأربعة وجه قوي .

---

(١) في هامش (ت) : (ضبط المصنف بخطه « نيئة » بالهمز و« مقلية » بفتح الميم) .

(٢) في هامش (ت) : (فرع : الفتيت لا يحنث بأكله فيما يظهر كما قاله ابن الرفعة ؛ لأنه استجد اسماً آخر .
ولو ابتلع من غير مضغ . . ففيه خلاف حكاه الرافعي في « الطلاق » حيث قال : لو علّق بالأكل . . لم يحنث بالابتلاع في أظهر الوجهين ؛ لأنه يقال : ابتلع ولم يأكل ، لـٰكن جزم هنا بالحنث وأقره المصنف عليهما . ولو أكل جوزنيقاً . . فوجهان :
أحدهما : يحنث ؛ لأنه لو نزع منه الحشو . . صار خبزاً .
والأصح : المنع) .

وَلاَ يَتَنَاوَلُ رُطَبٌ تَمْراً وَلاَ بُسْراً ، وَلاَ عِنَبٌ زَبِيباً ، وَكَذَا ٱلْعُكُوسُ . وَلَوْ قَالَ : لاَ آكُلُ هَـٰذَا ٱلرُّطَبَ فَتَتَمَّرَ فَأَكَلَهُ ، أَوْ لاَ أُكَلِّمُ هَـٰذَا ٱلصَّبِيَّ فَكَلَّمَهُ شَيْخاً . . فَلاَ حِنْثَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلْخُبْزُ يَتَنَاوَلُ كُلَّ خُبْزٍ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ وَأَرُزٍّ وَبَاقِلاَءَ وَذُرَةٍ وَحِمِّصٍ ، . . . .

ولو قال : من هـٰذه الحنطة . . فكذلك ، وقيل : يحنث بما يتخذ منها .

ولو قال : لا آكل حنطة . . لم يحنث بالأربعة ، ويحنث بها علىٰ هيئتها[١] .

قال : (**ولا يتناول رطب تمراً ولا بسراً ، ولا عنب زبيباً ، وكذا العكوس**) ؛ لاختلافها اسماً وصفة وإن كان أصله واحداً .

قال الجوهري : البسر أوله طلع ، ثم خلال بفتح الخاء المعجمة ، ثم بلح ، ثم بسر ، ثم رطب ، ثم تمر ، الواحدة بُسْرَة وبُسُرة .

قال : (**ولو قال : لا آكل هـٰذا الرطب فتتمر فأكله ، أو لا أكلم هـٰذا الصبي فكلمه شيخاً . . فلا حنث في الأصح**) ؛ لزوال الاسم كما في الحنطة .

والثاني : يحنث ؛ لأن الذات باقية ، وإنما تبدلت الصفة .

وقوله : (شيخاً) مثال ، فلو قال : بالغاً أو شاباً . . لدخل الشيخ من باب أولىٰ .

والخلاف جار فيما لو قال : لا أكلم هـٰذا العبد فعتق ، أو لا آكل لحم هـٰذه السخلة أو الخروف فصار كبشاً فذبحه وأكله ، أو من هـٰذا البسر فصار رطباً ، أو العنب فصار زبيباً ، أو العصير فصار خمراً ، أو هـٰذا الخمر فصار خلاً .

قال : (**والخبز يتناول كل خبز كحنطة وشعير وأرز وباقلاء وذرة وحمص**)[٢] ؛ لصدق الاسم علىٰ ذلك .

وقيل : لا يحنث بخبز الأرز إلا بطبرستان .

---

(١) في هامش (ت) : (فرع : لو قال : لا آكل هـٰذا الدقيق فأكل عجينه أو خبزه ، أو هـٰذا العجين فأكل خبزه . . فعلى الخلاف) .

(٢) في هامش (ت) : (ضبط المصنف الحمص بكسر الميم وفتحها) .

وَلَوْ ثَرَدَهُ فَأَكَلَهُ . . حَنِثَ . وَلَوْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ سَوِيقاً ، فَسَفَّهُ أَوْ تَنَاوَلَهُ بِإِصْبَعٍ . . حَنِثَ ، وَإِنْ جَعَلَهُ فِي مَاءٍ وَشَرِبَهُ . . فَلاَ ، أَوْ لاَ أَشْرَبُهُ . . فَبِالْعَكْسِ ، . . . . . .

وقال المتولي : يحنث بخبز البلوط أيضاً ، وقد تقدم في (الوكالة) : حتىٰ يتعلق بالحلف علىٰ أكل الخبز . . فلينظر منه .

والذرة بالذال المعجمة لا غير .

قال : (**ولو ثرده فأكله . . حنث**) ؛ لصدق الاسم ، اللهم إلا أن يصير في المرقة كالشيء الذي يتحسىٰ فإنه لا يحنث بتحسيه .

قال : (**ولو حلف لا يأكل سويقاً ، فسفه أو تناوله بإصبع . . حنث**) ؛ لأنه يعد أكلاً .

والمراد بإصبع مبلولة أو حمله علىٰ إصبعه ، وهـٰذه قاعدة ، وهي أن الأفعال المختلفة الأجناس كالأعيان لا يتناول بعضها بعضاً ، فالأكل ليس شرباً وعكسه .

قال : (**وإن جعله في ماء وشربه . . فلا**) ؛ لأن الحلف على الأكل ولم يوجد ، ولو كان خاثراً بحيث يؤخذ بالملاعق . . فالأصح : أنه ليس بشرب .

ولو حلف : لا أطعم . . تناول الأكل والشرب جميعاً .

قال : (**أو لا أشربه . . فبالعكس**) فيحنث في الثانية ؛ لوجود المحلوف عليه ، دون الأولىٰ ؛ لأنه لم يشرب .

فروع :

لو حلف لا يذوق شيئاً فأدرك طعمه بوضعه في فيه أو مضغه ثم مجه ولم ينزل إلىٰ حلقه . . حنث في الأصح ، ولو ازدرده . . حنث وإن ولم يدرك طعمه ، كذا قاله الغزالي ، وفيه نظر .

ولو حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر في حلقه حتىٰ وصل إلىٰ جوفه . . لم يحنث ؛ لعدم وجدان المحلوف عليه ، لا للإكراه .

ولو حلف لا يفطر . . انصرف إلى الأكل والوقاع ونحوهما ، ولا يحنث بالردة

أَوْ لاَ يَأْكُلُ لَبَناً أَوْ مَائِعاً آخَرَ فَأَكَلَهُ بِخُبْزٍ. . حَنِثَ ، أَوْ شَرِبَهُ. . فَلاَ ، أَوْ لاَ يَشْرَبُهُ. . فَبِٱلْعَكْسِ ، أَوْ لاَ يَأْكُلُ سَمْناً فَأَكَلَهُ بِخُبْزٍ جَامِداً أَوْ ذَائِباً. . حَنِثَ ، وَإِنْ شَرِبَهُ ذَائِباً. . فَلاَ ، وَإِنْ أَكَلَهُ فِي عَصِيدَةٍ. . حَنِثَ إِنْ كَانَتْ عَيْنُهُ ظَاهِرَةً . . .

والجنون والحيض ، وفي حنثه بدخول الليل خلاف بين الشيخ أبي إسحاق[1] وابن الصباغ تقدم .

قال : (**أو لا يأكل لبناً أو مائعاً آخر فأكله بخبز. . حنث**) ؛ لأنه كذلك يؤكل ، ويدخل في اللبن : لبن الأنعام والصيد ، والحليب والرائب ، واللبأ ، والشيراز وهو : لبن يغلىٰ وتصير فيه حموضة ، والروغ وهو : لبن نزع زبده وذهبت مائيته .

ولا يحنث بأكل الجبن والأقط والمصل والقريشة .

وفي وجه يحنث بجميع ما يستخرج من اللبن .

قال : (**أو شربه. . فلا**) ؛ لعدم الأكل .

قال : (**أو لا يشربه. . فبالعكس**) فيحنث في الثانية ؛ لوجود المحلوف عليه ، دون الأولىٰ ؛ لعدمه .

قال : (**أو لا يأكل سمناً فأكله بخبز جامداً أو ذائباً. . حنث**) ؛ لأنه فعل المحلوف عليه وزاد ، فأشبه ما لو حلف لا يدخل علىٰ زيد فدخل علىٰ زيد وعمرو ، وهـٰذا هو الأصح .

وقال الإصطخري : لا يحنث ؛ لأنه لم يفرده في الأكل ، فأشبه من حلف لا يأكل ما اشتراه زيد فأكل ما اشتراه زيد وما اشتراه عمرو .

أما لو حلف لا يأكل السمن أو الزبد. . فإنه لا يحنث بالادهان .

قال : (**وإن شربه ذائباً. . فلا**) ؛ لأنه لم يأكله .

قال : (**وإن أكله في عصيدة. . حنث إن كانت عينه ظاهرة**) ؛ لأنها مميزة في الحس ، فهو قد أكل المحلوف عليه وزيادة ، هـٰذا هو المنصوص ، وفيه وجه بعيد ، أما إذا لم يظهر. . فلا حنث .

---

(١) في (ت) : (أبي حامد) .

و(العصيدة) معروفة ، ويقال فيها : العصيد ، سميت بذلك لأنها تعصد ؛ أي : تلوىٰ[1] .

قال : (**ويدخل في فاكهة : رطب وعنب ورمان**) ؛ لأن الفاكهة ما يتفكه به ؛ أي : يتنعم بأكله ، وهـٰذه خلقت لذلك ، قال تعالىٰ : ﴿ فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخۡلٌ وَرُمَّانٌ ﴾[2] .

واتفق أهل اللغة علىٰ أن ثمر النخل والرمان من الفاكهة ، والعطف يقتضي المغايرة[3] ، فقال الفراء : عطفهما على الفاكهة ترغيباً لأهل الجنة ، كما عطف الصلاة الوسطىٰ على الصلوات .

---

(١) في هامش (ت) : (قال في « الروضة » [١١/٤٢] : وإن جعله في عصيدة أو سويق . . فالنص : أنه لا يحنث ، ونص : أنه لو حلف لا يأكل خلاً فأكله سكباجاً . . لا يحنث ، فقال الجمهور : ليس ذلك باختلاف ، بل إن كان السمن ظاهراً في العصيدة والسويق يرىٰ جرمه . . حنث ، وهـٰذا مراده بنص السمن ، وكذلك حكم الخل إذا كان ظاهراً بلونه وطعمه بأن أكل المرقة وهي حامضة ، وإن كان السمن أو الخل مستهلكاً . . لم يحنث ، وهـٰذا مراده بنص الخل ، وصوروا ذلك فيما إذا أكل لحم السكباج أو ما فيه من سلق ونحوه ، ومنهم من أطلق وجهين أو قولين فيهما .

قال ابن الأثير : العصيد : دقيق يلت بالسمن ويطبخ) .

(٢) في هامش (د) : (إنما العطف لإفرادهما بالذكر ؛ اعتناء بشأنهما لا لمغايرتهما للفواكه .

وقيل : هو من باب عطف الخاص على العام كما في الآيات ، وليس كذلك ؛ إذ لا عموم في قوله : « فاكهة » إلا أن يراد بالعموم عموم الصلاحية لا عموم الشمول) . .

(٣) في هامش (د) : (خصهما بالذكر ؛ لأن في النخل فاكهة وغذاء ، وفي الرمان فاكهة ودواء ، وليس في سائر الفواكه لا غذاء ولا دواء .

فمن قال : إن جبريل وميكائيل ليسا من الملائكة . . فهو كافر ، ومن قال : إن ثمر النخل والرمان ليسا من الفاكهة لإفراد الله تعالىٰ لهما بعد الفاكهة . . فهو جاهل ، وليس في هـٰذه الآية تعلق لمن أخرج النخل والرمان من الفاكهة ، ولا شبه تعلق بوجه ما ، وذلك أن الفاكهة نكرة تصلح للقليل والكثير ، وللجنس الواحد ولأكثر ، فلما عطف النخل والرمان عليها . . أشعر ذلك بأنهما لم يدخلا في قوله تعالىٰ : ﴿فاكهة﴾ ، ولا يلزم من هـٰذا خروجهما من جنس الفاكهة كلها ، وهـٰذا ظاهر لا خفاء به) .

وقال يونس بن حبيب : عطفهما لفضلهما كقوله [تعالىٰ] : ﴿ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ ﴾ ، [وقوله] : ﴿ وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ مِيثَٰقَهُمْ وَمِنكَ وَمِن نُّوحٍ ﴾ الآية ، وهم من الأنبياء .

وقال أبو حنيفة : لا يحنث بالرطب والرمان ، وخالفه صاحباه واتفقوا علىٰ أنه لا يحنث بالبلح .

وشرط الفاكهة : النضج ، فلو تناوله قبل إدراكه ونضجه وطيبه . . لم يكن حانثاً .

ولو حلف لا يأكل العنب والرمان . . لم يحنث بشرب عصيرهما ، ولا بدبسهما ولا بامتصاصهما ورمي الثفل ؛ لأنه لا يسمىٰ أكلاً .

قال : (**وأترج**) ؛ لوقوع الاسم عليه ، وهو بضم الهمزة ، ويقال له : أترنج بالنون ، الواحدة أترجة ، وحكي : ترنج وترنجة وهو المتك ، واحدته متكة ، وفسر به قوله تعالىٰ : ﴿وأعتدت لهن مُتْكاً﴾ .

قال أبو داوود في « سننه » : رأيت بمصر أترنجاً تشق الواحدة منها لثقلها البعيرُ .

فائدة :

علي بن الحسن بن الحسين بن محمد الخلعي من أصحاب الشافعي ، نسبة إلىٰ بيع الخلع ، قبره معروف في القرافة بإجابة الدعاء ، كان يقال له : قاضي الجن ، أخبر أنهم أبطؤوا عنه جمعة ثم أتوه فسألهم عن ذلك فقالوا : كان في بيتك شيء من هـٰذا الأترنج ، وإنا لا ندخل بيتاً هو فيه .

قلت : ولهـٰذا ضرب النبي صلى الله عليه وسلم المثل للمؤمن الذي يقرأ القرآن بالأترجة[1] ؛ لأن الشياطين تهرب من قلب المؤمن القارىء للقرآن ، فناسب ضرب المثل به ، بخلاف سائر الفواكه .

وروى الطبراني [طب ٢٢/٣٣٩] عن حبيب بن عبد الله بن أبي كبشة عن أبيه عن جده

(١) البخاري (٥٠٢٠) ، ومسلم (٧٩٧) .

وَرَطْبٌ وَيَابِسٌ . قُلْتُ : وَلَيْمُونٌ وَنَبِقٌ ، . . . .

قال : (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعجبه النظر إلى الأترج والحمام الأحمر)[1] .

قال : (**ورطب ويابس**) ؛ لوقوع ذلك عليه لغة وعرفاً ، فيحنث بالتمر والزبيب والسفرجل والتفاح والإجاص والخوخ والتين والمشمش اليابس .

وقال الماوردي : إن تجدد له بعد الجفاف اسم جديد كالتمر والزبيب . . لم يحنث بأكله ، وإن لم يتجدد كالخوخ والمشمش والتين . . فوجهان ، واستحسنه ابن الصلاح .

وقال الزبيري : يحنث بالموز بلا خلاف ، وفي « التتمة » : لا يحنث باليابس مطلقاً .

قال : (**قلت : وليمون**) ؛ لما سبق ، وألحقوا به النارنج ، وقيدهما الفارقي بالطريين ، فالمملحان منهما ليسا فاكهة ، وهو ظاهر منقاس .

و(الليمون) بفتح اللام وإثبات النون في آخره ، الواحدة ليمونة ، والجمع ليمون ، قاله في « تثقيف اللسان » .

والعجب أن شيخنا الشيخ شهاب الدين أنكر على المصنف في « نكته » إثبات النون وقال : المعروف : ليمو بغير نون .

ولليمون خاصية عجيبة في دفع السموم .

قال : (**ونبق**) ؛ لأنه يتفكه به قال الزبيري : ولا فرق فيه بين رطبه ويابسه ، قال : وكذلك العناب والزعرور .

و(النبق) بفتح النون وكسر الباء : حمل السدر ، الواحدة : نبقة ، ويجمع علىٰ نبقات .

---

(١) في هامش (د) : (هو التفاح) والقول لهلال بن العلاء ، قال أبو موسىٰ ـ كما في « لسان العرب » : وهٰذا التفسير لم أره لغيره .
وانظر لتمام الفائدة « لسان الميزان » (٦/ ٢٦٩) .

وَكَذَا بِطِّيخٌ وَلُبُّ فُسْتُقٍ وَبُنْدُقٍ وَغَيْرِهِمَا فِي ٱلْأَصَحِّ ، لاَ قِثَّاءٌ وَخِيَارٌ وَبَاذِنْجَانٌ وَجَزَرٌ ، . . . .

قال: (**وكذا بطيخ**) ؛ لأن له نضجاً وإدراكاً كالفواكه ، والمراد : البطيخ الأصفر .

قال : (**ولب فستق وبندق وغيرهما في الأصح**) ؛ لأنهما يعدان من يابس الفاكهة .

والثاني : لا في المسألتين ؛ لعدم اشتهاره في العرف .

والفستق بضم الفاء وفتحها ، والبندق معروف ، وهو في « تهذيب الأزهري » بالفاء بدل الباء .

قال : (**لا قثاء وخيار وباذنجان وجزر**) ؛ لأنها من الخضراوات لا الفواكه ، فأشبهت البقل ، وانفرد الغزالي بتحنيثه بالقثاء .

قال ابن الفركاح : ومن العجيب أن الخيار لا يكون من الفاكهة ، مع أن لب الفستق والبندق من الفاكهة ، والعادة جارية بجعل الخيار في أطباق الفاكهة دون لب الفستق والبندق .

وفي اندراج الزيتون في الفاكهة وجهان في « البحر » .

وفي عطف المصنف القثاء على الخيار ما يقتضي المغايرة بينهما ، لكن في « الصحاح » في موضعين : الخيار : القثاء ، وليس بعربي ، فتشكل على المصنف المغايرة بينهما .

ومن غريب أمر القثاء : أن الحائض إذا عبرت المَقْثأة تغيرت وذبلت وفسدت .

و(الباذنجان) بالذال المعجمة معروف[1] ، ولم يصح في فضل أكله شيء ، ومن الموضوعات : (الباذنجان لما أكل له) .

قال أبو عبيدة معمر بن المثنىٰ : قطعت في ثلاث مجالس ولم أجد لذلك سبباً ، إلا

---

(١) في هامش (د) : (وسمع تسميته يهباراً ، قال الشاعر هاجياً [من الطويل] :
بـــلاد بهـــا اليَهبـــار ســـود كـــأنهـــا خُصى الخيل قد شدت عليها المسامر

وَلاَ يَدْخُلُ فِي ٱلثِّمَارِ يَابِسٌ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ أُطْلِقَ بِطِّيخٌ وَتَمْرٌ وَجَوْزٌ . . لَمْ يَدْخُلْ هِنْدِيٌّ . وَٱلطَّعَامُ يَتَنَاوَلُ قُوتاً وَفَاكِهَةً وَأُدْماً وَحَلْوَىٰ . . . .

أني أكثرت من أكل الباذنجان في أحدها ، ومن الباقلاء في الآخر ، ومن الزيتون في الثالث .

قال : (**ولا يدخل في الثمار يابس والله أعلم**) ؛ لأن العرب لا تستعمل هـٰذا الحرف إلا في الرطب ، لـٰكن فيه نظر من جهة العرف .

وعبارة الرافعي : وذكر أنه لو حلف لا يأكل الثمار . . اختصت بالرطب ، ولم تتناول الثمرة اليابسة .

قال : (**ولو أطلق بطيخ وتمر وجوز . . لم يدخل هندي**) أي : في الجميع ، فلا يدخل في البطيخ الهندي وهو الأخضر ، قاله المصنف في « تصحيحه » في (البيع) : ولا في التمر التمرُ الهندي ، ولا في الجوز الجوزُ الهندي ؛ لأنهما يختلفان صورة وطعماً ، وهـٰذا حكاه الرافعي عن البغوي خاصة ، وتبعه صاحب « الكافي » .

وحكى الإمام عن القاضي التحنيث بالجوز الهندي دون التمر الهندي واستحسنه ؛ لأن اسم التمر لا يطلق عليه ما لم يضف إلى الهند ، وقطع به في « الوجيز » ، ولم يرجح في « الشرح » و« الروضة » شيئاً ، ثم جزم في « المحرر » بما جزم به المصنف .

وفي عدم تحنيثه بالبطيخ الأخضر في عرف مصر والشام إشكال ، فلعل ما قاله البغوي عرف بلادهم ، ولهـٰذا قال في « العباب » : إن تسميته بالهندي لغة الفرس ، وتسمية أهل اليمن والحجاز : الحَبْحَب ، وكذلك خيار الشنبر لا يدخل في الخيار .

قال : (**والطعام يتناول قوتاً وفاكهة وأدماً وحلوىٰ**) ؛ لأن اسم الطعام يقع على الجميع بدليل قوله تعالىٰ : ﴿ كُلُّ ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلًّا لِّبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ إِلَّا مَا حَرَّمَ إِسْرَٰٓءِيلُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ ﴾ .

ومقتضىٰ كلامه : أنه لا يحنث بالدواء ، وقد حكى الشيخان فيه وجهين بلا ترجيح ، وجعله المصنف داخلاً في اسم الطعام في (باب الربا) ، وأسقط الأدم ، والفرق بين البابين مشكل ؛ لأنا إذا نظرنا إلى اللغة . . اتحدا ، أو إلى العرف . . فأهله لا يسمون الفاكهة والحلوىٰ ونحوها طعاماً .

وَلَوْ قَالَ : لَا آكُلُ مِنْ هَـٰذِهِ ٱلْبَقَرَةِ . . تَنَاوَلَ لَحْمَهَا دُونَ وَلَدٍ وَلَبَنٍ ، أَوْ مِنْ هَـٰذِهِ ٱلشَّجَرَةِ . . فَثَمَرٌ دُونَ وَرَقٍ وَطَرَفِ غُصْنٍ . . . .

والحلوىٰ إن قصرتها . . كتبتها بالياء ، وإن مددتها . . فبالألف ، وهو كل حلو ، وقال الخطابي : لا يقع إلا علىٰ ما دخلته الصنعة ، فيخرج السكر والعسل .

والحلو غير الحلوىٰ[1] ، وصوبه المصنف في « الروضة » .

روى البيهقي في « الشعب » [٥٩٣٤] عن أبي أمامة الباهلي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « قلب المؤمن حلو يحب الحلاوة »[2] .

وفي « الصحيح » [خ ٥٢١٦ـ م ١٤٧٤/٢١] : (كان صلى الله عليه وسلم يحب الحلوىٰ والعسل) .

ونص الشافعي في (كتاب الوكالة) علىٰ أنه إذا قال : اشتر لي طعاماً . . حمل على الحنطة .

والقوت محمول علىٰ ما يقتات من الحبوب والتمر والزبيب واللحم إن كان ممن يقتات ذلك ، وإلا . . فوجهان ، وتقدم في أول (زكاة النبات) بيان القوت ، وتفسير لفظه ومعناه .

قال : (**ولو قال : لا آكل من هـٰذه البقرة . . تناول لحمها**) كذا في « الروضة » وغيرها ؛ لأنه المفهوم عرفاً ، ولم يبينوا هل يختص به أو يتناول الشحم والكلية والكبد وغيرهما ، والذي يظهر التناول ، وإنما ذكروا اللحم لإخراج اللبن والولد كما سيذكره ، وفي الجلد احتمال .

قال : (**دون ولد ولبن**) ؛ حملاً على الحقيقة المتعارفة ، إلا أن ينويهما كما قاله البغوي .

قال : (**أو من هـٰذه الشجرة . . فثمر دون ورق وطرف غصن**) ؛ حملاً على المجاز

---

(١) في هامش (د) : (الحلوىٰ يمد ويقصر ، وهو كل حلو يؤكل ، وقال الخطابي : لا يقع إلا علىٰ ما دخلته الصنعة ، قال : وحبه صلى الله عليه وسلم الحلوىٰ ليس من معنىٰ كثرة التشهي ، وإنما هو إذا قدمت إليه . . نال منها نيلاً صالحاً) .

(٢) انظر « ميزان الاعتدال » (٦/ ١٩٦) ، و« تاريخ بغداد» (٣/ ١١٣ـ ١١٤) .

فَصْلٌ :

حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ هَـٰذِهِ ٱلتَّمْرَةَ ، فَٱخْتَلَطَتْ بِتَمْرٍ فَأَكَلَهُ إِلاَّ تَمْرَةً . . لَمْ يَحْنَثْ ، أَوْ لَيَأْكُلَنَّهَا فَٱخْتَلَطَتْ . . لَمْ يَبْرَأْ إِلاَّ بِٱلْجَمِيعِ ، . . . .

المتعارف ؛ لأن الحقيقة تعذرت فهجرت ، والمجاز الراجح مقدم على الحقيقة المرجوحة .

تتمة :

حلف لا يشرب من ماء النيل أو من النيل . . حنث بالشرب منه بيده أو فيه أو في إناء ، وكذلك لو كرع منه ؛ خلافاً لأبي حنيفة .

ولو قال : لا أشرب ماء النيل أو ماء هـٰذا النهر أو الغدير . . لم يحنث بشرب بعضه ، هـٰذا هو الصواب ، والذي وقع في « الروضة » بخط المصنف عكس ذلك سبق قلم .

قال : (**فصل :**

حلف لا يأكل هـٰذه التمرة ، فاختلطت بتمر فأكله إلا تمرة . . لم يحنث) لجواز أن تكون هي المحلوف عليها ، والأصل براءة ذمته عن الكفارة ، والورع أن يكفر ؛ لاحتمال أنها غير المحلوف عليها .

روى الترمذي [٢٥١٨] والنسائي [٨/٣٢٧] عن الحسن بن علي قال : حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دع ما يريبك إلىٰ ما لا يريبك » والمراد : دع المشكوك فيه وخذ بغيره ، وهـٰذا أصل في الورع ، وهو موافق لقوله صلى الله عليه وسلم : « الحلال بين والحرام بين . . . »[(١)] .

فإن تيقن أنه أكل المحلوف عليها . . حنث جزماً .

قال : (**أو ليأكلنها فاختلطت . . لم يبرأ إلا بالجميع**) ؛ لاحتمال أن تكون المتروكة هي المحلوف عليها .

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢) ، ومسلم (١٥٩٩) .

أَوْ لَيَأْكُلَنَّ هَٰذِهِ ٱلرُّمَّانَةَ . . فَإِنَّمَا يَبَرُّ بِجَمِيعِ حَبِّهَا ، أَوْ لاَ يَلْبَسُ هَٰذَيْنِ . . لَمْ يَحنَثْ بِأَحَدِهِمَا ، فَإِنْ لَبِسَهُمَا مَعاً أَوْ مُرَتَّباً . . حَنِثَ ، أَوْ لاَ يَلْبَسُ هَٰذَا وَلاَ هَٰذَا . . حَنِثَ بِأَحَدِهِمَا ، أَوْ لَيَأْكُلَنَّ هَٰذَا ٱلطَّعَامَ غَداً فَمَاتَ قَبْلَهُ . . فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ تَلِفَ ٱلطَّعَامُ فِي ٱلْغَدِ بَعْدَ تَمَكُّنِهِ مِنْ أَكْلِهِ . . حَنِثَ ، . . . .

قال : (**أو ليأكلن هـٰذه الرمانة . . فإنما يبر بجميع حبها**) ؛ لأن يمينه تعلقت بالجميع كما تقدم في الطلاق .

وخرج بـ(الحب) : القشور والشحم ؛ لأن اليمين محمولة على المأكول عادة ، كما لو حلف ليأكلن هـٰذه التمرة فأكلها إلا قمعها ونواتها . . لم يحنث ، ولو أكلها إلا يسيراً منها كنقرة طائر . . حنث ، خلافاً لمالك .

قال : (**أو لا يلبس هـٰذين . . لم يحنث بأحدهما**) ؛ لأن الحلف عليهما .

قال : (**فإن لبسهما معاً أو مرتباً . . حنث**) ؛ لوجود الجميع المحلوف عليه ، واستعمل المصنف (معاً) للاتحاد في الزمان ، والراجح خلافه كما تقدم .

قال : (**أو لا يلبس هـٰذا ولا هـٰذا . . حنث بأحدهما**) ؛ لأنهما يمينان ، واليمين لا ينحل ، بل إذا لبس الآخر . . حنث .

نعم ؛ إذا قال : لا ألبس أحدهما أو واحداً منهما ، ولم يقصد واحداً . . حنث بأحدهما وانحلت اليمين ، فلا يحنث بالآخر .

قال : (**أو ليأكلن هـٰذا الطعام غداً فمات قبله . . فلا شيء عليه**) ؛ لأنه لم يبلغ زمن البر والحنث .

وقيل على الخلاف الآتي في تلف الطعام ، وهو الأشبه في « التنبيه » و« الشرح الصغير » .

قال : (**وإن مات أو تلف الطعام في الغد بعد تمكنه من أكله . . حنث**) ؛ لأنه تمكن من البر ولم يفعل ، فصار كما لو قال : لآكلن هـٰذا الطعام ، وتمكن من أكله فلم يأكله حتىٰ تلف . . فإنه يحنث قطعاً ، وكذلك لو تلف بعضه .

وفي قول : لا يحنث ؛ لأن جميع اليوم ظرف له .

وَقَبْلَهُ قَوْلاَنِ كَمُكْرَهٍ ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ بِأَكْلٍ وَغَيْرِهِ قَبْلَ ٱلْغَدِ . حَنِثَ ، وَإِذَا تَلِفَ أَوْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ . . فَكَمُكْرَهٍ . أَوْ لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ عِنْدَ رَأْسِ ٱلْهِلاَلِ . . فَلْيَقْضِ عِنْدَ غُرُوبِ ٱلشَّمْسِ فِي آخِرِ ٱلشَّهْرِ ، فَإِنْ قَدَّمَ أَوْ مَضَىٰ بَعْدَ ٱلْغُرُوبِ قَدْرُ إِمْكَانِهِ . . حَنِثَ ، . . . .

والخلاف كالخلاف فيمن مات في أثناء وقت الصلاة بعد التمكن ، هل يقضي أو لا ، لـٰكن الأصح هنا الحنث .

قال : (**وقبله . . قولان كمكره**) فيأتي فيه الخلاف ، والأصح : عدم الحنث .

فإن قلنا : يحنث . . فهل يحنث في الحال لحصول اليأس أو بعد مجيء الغد؟ قولان ، قطع ابن كج بالثاني .

وفائدة الخلاف : أنه لو كان معسراً يكفر بالصوم . . جاز أن ينوي صوم الغد عن الكفارة .

وحيث أطلقوا قولي المكره . . أرادوا به ما إذا اختار الحلف ثم أكره على التحنيث ، أما إذا أكره على الحلف . . فلا خلاف في عدم الوقوع .

قال : (**وإن أتلفه بأكل وغيره قبل الغد . . حنث**) ؛ لأنه فوت البر باختياره ، لـٰكن الأصح : أنه يحنث في الغد ، لا عند أكل شيء منه .

وصحح البغوي أنه يحنث إذا مضىٰ من الغد وقت إمكان الأكل .

قال : (**وإذا تلف أو أتلفه أجنبي . . فكمكره**) ؛ لفواته بغير اختياره ، والأصح : عدم الحنث .

قال : (**أو لأقضين حقك عند رأس الهلال . . فليقض عند غروب الشمس في آخر الشهر**) ، وكذا لو قال : مع أو عند رأس الشهر ، أو عند الاستهلال ، أو أول الشهر . . فهـٰذه الألفاظ تقع علىٰ أول جزء من الليلة الأولىٰ منه ، ولفظتا (عند) و(مع) تقتضيان المقارنة .

قال : (**فإن قدم أو مضىٰ بعد الغروب قدر إمكانه . . حنث**) ؛ لتفويته البر علىٰ نفسه ، وينبغي أن يعد المال ويترصد ذلك الوقت فيقضي فيه .

وَإِنْ شَرَعَ فِي ٱلْكَيْلِ حِينَئِذٍ وَلَمْ يَفْرُغْ لِكَثْرَتِهِ إِلاَّ بَعْدَ مُدَّةٍ . . لَمْ يَحْنَثْ . أَوْ لاَ يَتَكَلَّمُ فَسَبَّحَ أَوْ قَرَأَ قُرْآناً . . فَلاَ حِنْثَ ، أَوْ لاَ يُكَلِّمُهُ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ . . حَنِثَ ، . . . .

وقيل : له فسخه في الليلة الأولىٰ ويومها ، ويروىٰ عن أبي حنيفة ومالك .

وقال الإمام والغزالي : المحلوف عليه في هٰذه المسألة لا يكاد يقدر عليه ، فإما أن يتسامح به ويقضىٰ بالممكن ، أو يقال : التزم محالاً فيحنث بكل حال ، ولا ذاهب إليه .

قال : (**وإن شرع في الكيل حينئذ ولم يفرغ لكثرته إلا بعد مدة . . لم يحنث**) ، وكذلك إذا شرع في أسباب القضاء ومقدماته كحمل الميزان ، فلو أخر القضاء عن الليلة الأولىٰ للشك في الهلال . . ففيه قولا حنث الناسي .

قال : (**أو لا يتكلم فسبح أو قرأ قرآناً . . فلا حنث**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إن هٰذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس ، إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » رواه مسلم [٥٣٧] .

ولأن القراءة إنما تسمىٰ كلاماً مع الإضافة ، ولم يتناول اليمين المطلقة كما لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً ، وسواء كان ذلك في الصلاة أو خارجها .

وقال أبو حنيفة : إن قرأ خارج الصلاة . . حنث ؛ لأن القراءة كلام الله تعالىٰ ، فإذا قرأه . . كان متكلماً .

لنا : أن الكلام في العرف ينصرف إلىٰ كلام الآدميين .

وفي التسبيح والدعاء وجه : أنه يحنث به ؛ لأنه مباح للجنب ، فأشبه سائر الكلام .

وروىٰ مسلم [٢١٣٧] عن سمرة بن جندب : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أحب الكلام إلى الله أربع : سبحان الله والحمد لله ولا إلـٰه إلا الله والله أكبر ، لا يضرك بأيهن بدأت » .

وقال الجيلي : لو حلف لا يسمع كلام زيد ، فسمعه يقرأ . . لم يحنث .

قال : (**أو لا يكلمه فسلم عليه . . حنث**) ؛ لأنه كلمه ، كما يزول تحريم الهجران به .

وَإِنْ كَاتَبَهُ أَوْ رَاسَلَهُ أَوْ أَشَارَ إِلَيْهِ بِيَدٍ أَوْ غَيْرِهَا . . فَلاَ فِي ٱلْجَدِيدِ ، وَإِنْ قَرَأَ آيَةً أَفْهَمَهُ بِهَا مَقْصُودَهُ وَقَصَدَ قِرَاءَةً . . لَمْ يَحْنَثْ ، . . . .

وألحق به الرافعي ما لو سلم من صلاة والمحلوف عليه من المأمومين به ، وقد سبق ما فيه من الإشكال .

ولا بد أن يسمعه ، فلو كلمه وهو أصم . . لم يحنث في الأصح ، فلو تكلم بشيء فيه تعريض له ولم يواجهه . . لم يحنث كما سيأتي في خاتمة الباب .

قال : (**وإن كاتبه أو راسله أو أشار إليه بيد أو غيرها . . فلا في الجديد**) وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه يصدق نفي الكلام عنه فيقال : ما كلمه بل كاتبه أو راسله أو أشار إليه ، قال تعالىٰ : ﴿ فَلَنْ أُكَلِّمَ ٱلْيَوْمَ إِنسِيًّا ﴾ ﴿ فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ ﴾ ، وسواء أشار الناطق أو الأخرس ، وإنما جعلنا إشارته كنطقه في المعاملات للضرورة .

والقديم ـ وبه قال مالك وأحمد : يحنث بذلك بدليل قوله تعالىٰ : ﴿ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا ﴾ ، ولقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِن وَرَآيِٕ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا ﴾ ، فاستثنى الرمز والرسالة من التكلم ، فدل علىٰ أنهما منه .

قال : (**وإن قرأ آية أفهمه بها مقصوده وقصد قراءة . . لم يحنث**) ؛ لأنه لم يكلمه .

وإن فتح عليه في صلاته بتسبيح أو قراءة آية وكان مقتدياً به . . لم يحنث كما جزم به الشيخان وغيرهما ، وهـٰذا يؤيد ما تقدم في (شروط الصلاة) : أن القارىء إذا قصد الرد المجرد على الإمام لا تبطل صلاته .

فرع :

سبق في النشوز أن هجران المسلم فوق ثلاثة أيام حرام إذا كان لحظوظ النفوس وتعنتات أهل الدنيا ، فأما إذا كان المهجور مبتدعاً أو متجاهراً بالظلم أو الفسق . . فلا تحرم مهاجرته أبداً ، وكذا إذا كان في المهاجرة مصلحة دينية ، أو كان فيه صلاح لدين المهاجر أو المهجور . . فلا يحرم .

وَإِلاَّ . . حَنِثَ . . . .

وعلىٰ هـٰذا يحمل ما ثبت من هجر النبي صلى الله عليه وسلم الثلاثة الذين خلفوا ، ونهيه صلى الله عليه وسلم عن مكالمتهم[1] .

ورأيت بخط ابن الصلاح : أن سعد بن أبي وقاص هاجر عمار بن ياسر حتىٰ مات ، وأن عائشة كانت مهاجرة لحفصة ، وعثمان هجر عبد الرحمن بن عوف إلىٰ أن مات ، وطاووس هجر وهب بن منبه إلىٰ أن مات ، وكذلك الحسن وابن سيرين ، وهجر سعيد بن المسيب أباه فلم يكلمه إلىٰ أن مات ، وكان أبوه زياتاً ، وكان الثوري يتعلم من ابن أبي ليلىٰ ثم هجره ، ومات ابن أبي ليلىٰ ولم يشهد الثوري جنازته .

قال : (**وإلا . . حنث**) أي : إذا لم يقصد القراءة بل الإفهام . . يحنث ؛ لأنه كلمه ، ولهـٰذا تبطل الصلاة بمثل ذلك .

ويدخل في كلام المصنف حالة الإطلاق ، وقد تقدم في الصلاة البطلان بها أيضاً ، لـٰكن في تخريج هـٰذا عليه نظر .

فرع :

في « المبتدأ » للروياني : لو قيل له : كلم زيداً اليوم ، فقال : والله لا كلمته . . انعقدت يمينه على الأبد إلا أن ينوي اليوم ، فإن كان في طلاق وقال : أردت اليوم . . لم يقبل في الحكم .

قال المصنف : الصواب : قبوله في الحكم .

وخالف البغوي والروياني فيما إذا ادعاه ، وقالا : يتقيد اليمين بالحالة الراهنة ؛ للعرف .

تتمة :

حلف ليثنين على الله بأجل الثناء وأعظمه . . قال المتولي : طريق البر أن يقول : سبحانك لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت علىٰ نفسك[2] ، قال : ولو قال :

---

(١) البخاري (٤٤١٨) ، ومسلم (٢٧٦٩) .

(٢) في هامش (د) : (قال عليه الصلاة والسلام : « لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت علىٰ=

أَوْ لاَ مَالَ لَهُ . . حَنِثَ بُكُلِّ نَوْعٍ وَإِنْ قَلَّ ، حَتَّىٰ ثَوْبِ بَدَنِهِ ، وَمُدَبَّرٍ ، وَمُعَلَّقٍ عِتْقُهُ ، وَمَا وَصَّىٰ بِهِ ، . . . .

لأحمدن الله بمجامع الحمد أو بأجل المحامد . . فطريقه أن يقول : الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافىء مزيده .

قال المصنف : وليس للمسألتين دليل يعتمد .

ولو قال : لأصلين على النبي صلى الله عليه وسلم أفضل الصلاة عليه . . فليقل : اللهم ؛ صل علىٰ محمد كلما ذكره الذاكرون وسها عن ذكره الغافلون ؛ لأن الشافعي كان يستعمل هـٰذه الكيفية كثيراً .

قال المصنف والصواب الذي ينبغي أن يجزم به : أن أفضل الصلاة ما يقال عقب التشهد في الصلاة ، وفيما قاله نظر .

قال : (**أو لا مال له . . حنث بكل نوع وإن قل ، حتىٰ ثوب بدنه**) أي : الذي لا يسلبه اسم الفقر ؛ لوجود حقيقة المال في ذلك ، قال تعالىٰ : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ ، وهو يتناول الجليل والحقير .

وقال أبو حنيفة : يختص بالمال الزكوي ؛ لأنه عرف الشرع .

وقال مالك : يختص بالذهب والفضة دون غيرهما .

واقتضىٰ إطلاق المصنف : أنه يحنث بالمنافع ؛ لأنهم قسموا المال إلىٰ منافع وأعيان ، لـٰكن الأصح : أنه لا يحنث بها ؛ لأنها لا تفهم في العرف بذلك .

وقوله : (حتىٰ ثوب بدنه) مجرورة عطفاً علىٰ ما تقدم ، وهي من زياداته علىٰ « المحرر » .

قال : (**ومدبر ، ومعلق عتقه ، وما وصىٰ به**) ؛ لأنه ملكه .

= نفسك » [م٤٨٦] وليس المعنيُّ به : أني أعجز عن التعبير عما أدركته ، بل هو اعتراف بالقصور عن إدراك كُنْه جلال الله ، ولذلك قال بعضهم : ما عرف الله بالحقيقة سوى الله ، وقال الصديق : الحمد لله الذي لم يجعل للخلق سبيلاً إلىٰ معرفته إلا بالعجز عن معرفته . « إحياء » [١/١٠١]) .

وَدَيْنٍ حَالٍّ ، وَكَذَا مُؤَجَّلٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، لاَ مُكَاتَبٌ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ودين حال**) ، هـٰذا إذا كان علىٰ مليء مقر ؛ لأنه متىٰ شاء . . أخذه كالمودع له عند إنسان .

وفيه وجه مخرج من قولنا : لا زكاة في الدين ، وأفهم أنه إذا كان علىٰ معسر . . لا يحنث .

وقال الرافعي : فيه وجهان : أقواهما : الحنث ، ورجح المتولي المنع ، وأجري الوجهان في الدين على الجاحد .

قال : (**وكذا مؤجل في الأصح**) ؛ لأنه ثابت في الذمة يصح الإبراء منه والاعتياض عنه ، وأما عدم المطالبة به . . فلا يخرجه عن كونه مالاً ، كما لو أجر داره وسلمها . . لم تكن له المطالبة بها وهي ماله .

وقال أبو حنيفة : لا يحنث بالدين حالاً كان أو مؤجلاً .

والوجه الثاني : المنع ؛ لأنه غير موجود ، وهـٰذا اختاره ابن أبي هريرة وصرح بأنه غير مملوك له ، وزيفه الإمام ، سواء كان الذي عليه معسراً أو موسراً ، وقيل بالمنع في المعسر ، والوجه : الجزم بأنه إذا كان على الجاحد المليء بينة . . يحنث كما لو كان له مال مغصوب يمكنه انتزاعه بنفسه أو بغيره كما صرح به المتولي .

قال : (**لا مكاتب في الأصح**) ؛ لعدم قدرته علىٰ كل التصرفات فيه ، فهو كالخارج عن ملكه .

والثاني : يحنث ؛ لبقاء الملك .

والمراد : المكاتب كتابة صحيحة ، أما الفاسدة . . فيحنث به .

ويحنث بالآبق والمغصوب ، وبأم الولد في الأصح ؛ لأن رقبتها مملوكة للسيد ، وله منافعها وأرش جناية عليها .

وفي « الشرح » و« الروضة » عن « البيان » طريقة قاطعة بأنه لا يحنث بالمكاتب ، والذي نقلاه عن « البيان » إنما هو في مسألة ما لو حلف : لا عبد له وله مكاتب ، وهي مسألة حسنة فيها وجهان من غير ترجيح .

والخلاف في المكاتب مفرع علىٰ ثلاثة أوجه حكاها ابن الرفعة : أن المكاتب هل

أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ . . فَٱلْبِرُّ بِمَا يُسَمَّىٰ ضَرْباً ، وَلاَ يُشْتَرَطُ إِيلاَمٌ ، إِلاَّ أَنْ يَقُولَ : ضَرْباً شَدِيداً ، . . . .

هو مملوك للسيد أو لنفسه أو لا مالك له ككسوة الكعبة؟

وقال في « الحاوي الصغير » : الغصب : الاستيلاء علىٰ مال غير مستولدة ومكاتب ظلماً ، فيؤخذ منه أن المكاتب مال .

وأجاب عنه الشارحون بأن الأيمان مبنية على العرف ، وهو جواب ضعيف .

ولو حلف لا ملك له وفي نكاحه زوجة . . لم يحنث ، وبناه المتولي علىٰ أن النكاح عقد ملك أو عقد حل ، فإن قلنا بالأول . . حنث .

قال في « الروضة » : المختار : أنه لا يحنث إذا لم تكن له نية ؛ لأنه لا يفهم منه أن الزوجة مال .

وينبغي أن لا يحنث بالكلب والسرجين وغيرهما من النجاسات ، ولا بالزيت النجس .

قال : (**أو ليضربنه**) أي : وأطلق (. . **فالبر بما يسمىٰ ضرباً**) ؛ لصدق الاسم ، فلا يحصل بوضع اليد ورفعها ، ولا بالشتم والسب بلا إشكال .

وقال مالك : يحنث بكل ما آلم القلب من أقوال وأفعال .

ولو مات المحلوف عليه فضربه بعد الموت . . لم يتخلص من يمينه ، وإن أغمي عليه أو سكر وضربه بر .

قال : (**ولا يشترط إيلام**) ؛ لأنه يقال : ضربه فلم يؤلمه ، ويخالف الحد والتعزير ؛ فالإيلام فيهما مشترط ؛ لأن المقصود منهما الزجر .

قال الرافعي : وفيه وجه : أنه يشترط الإيلام ، وقد ذكرناه في (الطلاق) ، والذي سبق في (الطلاق) في « الروضة » تصحيح اشتراطه ، وفي « الشرح » هناك : أنه الأشهر .

قال : (**إلا أن يقول : ضرباً شديداً**) فيتعلق البر حينئذ بالإيلام بلا خلاف ، وكذلك الحكم لو قال : ضرباً مبرحاً .

وَلَيْسَ وَضْعُ سَوْطٍ عَلَيْهِ وَعَضٌّ وَخَنِقٌ وَنَتْفُ شَعَرٍ ضَرْباً ، قِيلَ : وَلاَ لَطْمٌ وَوَكْزٌ . أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ مِئَةَ سَوْطٍ أَوْ خَشَبَةٍ ، فَشَدَّ مِئَةً وَضَرَبَهُ بِهَا ضَرْبَةً ، أَوْ بِعِثْكَالٍ عَلَيْهِ مِئَةُ شِمْرَاخٍ . . بَرَّ إِنْ عَلِمَ إِصَابَةَ ٱلْكُلِّ ، أَوْ تَرَاكَمَ بَعْضٌ عَلَىٰ بَعْضٍ فَوَصَلَهُ أَلَمُ ٱلْكُلِّ .

قال ابن سيده والجوهري : الضرب المبرح : الشديد .

قال : (**وليس وضع سوط عليه وعض وخنق ونتف شعر ضرباً**) ؛ لأنه لا يسمىٰ بذلك عرفاً ، وقد توقف المزني في العض ؛ لحصول الإيلام به .

وقال أبو حنيفة وأحمد : يحنث بكل ذلك ؛ لأن الغرض الإيلام وقد حصل .

قال : (**قيل : ولا لطم ووكز**) ؛ لأنه لا يسمىٰ ضرباً عادة ، إذ الضرب إنما يطلق علىٰ ما كان بآلة مستعملة فيه .

والأصح : أنهما ضرب ؛ لأنه يقال : ضربه بيده وإن تنوعت أسماء الضرب ، والرافعي والمصنف جزما في (الطلاق) بما صححاه هنا ، ولم يحكيا فيه خلافاً .

و(اللطم) : الضرب على الوجه بباطن الراحة .

و(الوكز) : الضرب باليد مطبقة ، قال تعالىٰ : ﴿ فَوَكَزَهُۥ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ ﴾ ، وقرأ ابن مسعود : (فلكزه) والمعنىٰ واحد .

وقيل : الوكز في جميع الجسد ، واللكز في الصدر خاصة .

قال : (**أو ليضربنه مئة سوط أو خشبة ، فشد مئة وضربه بها ضربة ، أو بعثكال**) أي : عرجون (**عليه مئة شمراخ . . بر إن علم إصابة الكل ، أو تراكم بعض علىٰ بعض فوصله ألم الكل**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ ﴾ .

وقد تقدم في (باب حد الزنا) ما رواه أبو داوود في « سننه » [٤٤٦٧] : أن رجلاً من الأنصار اشتكىٰ حتىٰ أضنىٰ ، فدخلت إليه أمة لغيره ، فهش لها فوقع عليها ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا له مئة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة ، ولأن ضرب المئة قد حصل .

وقيل : لا بد من ملاقاة الجميع لبدنه أو ملبوسه ، ولا يكفي التحامل .

قُلْتُ : وَلَوْ شَكَّ فِي إِصَابَةِ ٱلْجَمِيعِ . . بَرَّ عَلَى ٱلنَّصِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

تنبيهان :

أحدهما : ما ذكره الشيخان من البر في الخشبة تبعا فيه البغوي والفوراني والإمام والغزالي ، ووقع كذلك في « النهاية » وبعض كتب الخراسانين ، واعترض عليهم بأن لفظ الخشبة لا يصدق على الشماريخ ولا يصح ، إلا أن يحمل علىٰ عرف جرت عادة أهله بإطلاق الخشب علىٰ عيدان الشماريخ .

وفي « النهاية » عن جماهير الأصحاب فيما إذا قال : مئة سوط : أنه لا يبر بالشماريخ ؛ لأنها لا تسمىٰ سياطاً ، والشافعي فرض المسألة فيما إذا حلف ليضربن عبده بها ، ووقائع الأعيان لا تعم .

الثاني : قوله : (وصله ألم الكل) هي عبارة « المحرر » ، وهي تنافي قوله قبل ذلك : (لا يشترط الإيلام) .

وعبارة « الروضة » و« الشرحين » : (ثقل الكل) وهو أحسن ، وقد تقدمت المسألة في (الطلاق) ، وإدخال الألف واللام علىٰ (كل) قليل كما تقدم .

قال : (**قلت : ولو شك في إصابة الجميع . . بر على النص والله أعلم**) ، عملاً بالظاهر وهو الإصابة ؛ لإطلاق الآية .

وقال أبو حنيفة والمزني : لا يبر ؛ لأن الأصل عدم الإصابة ما لم يتيقن .

والجواب : أن غلبة الظن أجريت في الحكم مجرى اليقين كما نحكم بخبر الواحد والقياس بغلبة الظن .

وفي المسألة قول مخرج من نصه على الحنث فيما إذا حلف ليدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد ، فلم يدخل ومات زيد ولم يعلم مشيئته . . فإنه يحنث ، والأصح : تقرير النصين .

والفرق : أن الضرب سبب ظاهر في الانكداس ، فيكتفىٰ به ، وأما المشيئة . . فالأصل عدمها ؛ إذ لا دليل عليها .

والثاني : في المسألة قولان ، بالنقل والتخريج ، وشبه القولان بالقولين في إعتاق العبد المنقطع الخبر عن الكفارة .

أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ مِئَةَ مَرَّةٍ . . لَمْ يَبَرَّ بِهَـٰذَا ، أَوْ لاَ أُفَارِقُكَ حَتَّىٰ أَسْتَوْفِيَ ، فَهَرَبَ وَلَمْ يُمْكِنْهُ ٱتِّبَاعُهُ . . لَمْ يَحْنَثْ . . . .

قال في « التنبيه » : وإذ لم يتحقق بر . . فالورع أن يكفر ، كذا يوجد في كثير من النسخ ، وعليها شرح الشراح .

قال المصنف[1] : والصواب الذي ضبطناه عن نسخة المصنف[2] : لم يبر ، وهو المخرج .

ثم إذا قلنا بعدم الحنث . . فالورع أن لا يضربه ليبر ، بل يكفر عن يمينه .

فإن قيل : المصنف جزم في (باب حد الزنا) بأنه إذا شك في إصابة الجميع بعدم سقوط الحد ، ولم يحك فيه خلافاً ، وهنا نقل عن النص خلافه . . قلنا : الفرق أن الحد يتعلق به الإيلام بالجميع ولم يتحقق ، وهنا المعتبر الاسم وقد وجد .

قال : (**أو ليضربنه مئة مرة . . لم يبر بهـٰذا**) أي : لا يبر بضربه بعثكال عليه مئة شمراخ ، ولا بمئة غصن ، ولا بمئة سوط مشدودة ضربة واحدة ؛ لأنه لم يضربه إلا مرة واحدة ، وكذا لو حلف ليضربنه مئة ضربة على الأصح ؛ لأن الجميع يسمىٰ ضربة واحدة ، بدليل ما لو رمىٰ في الجمار بالسبع دفعة واحدة .

وكلام الإمام يفهم أن شيخه شرط علىٰ هـٰذا توالي الضربات .

قال ابن الصلاح : وينبغي أن لا يشترط ، والوجه المقابل لكلام المصنف : أنه يحصل بكل ضربة .

قال : (**أو لا أفارقك حتىٰ أستوفي ، فهرب ولم يمكنه اتباعه . . لم يحنث**) ؛ لأنه حلف علىٰ فعل نفسه ، فلا يحنث بفعل غيره .

وقيل : علىٰ قولي الإكراه .

والمراد بـ(المفارقة) : المؤثرة في البيع اللزوم إذا كان بالأبدان كما صرح به

---

(١) أي : في « تحرير التنبيه » (١٢٤) .
(٢) أي : الشيرازي .

قُلْتُ : ٱلصَّحِيحُ : لاَ يَحْنَثُ إِذَا أَمْكَنَهُ ٱتِّبَاعُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ فَارَقَهُ ، أَوْ وَقَفَ حَتَّىٰ ذَهَبَ وَكَانَا مَاشِيَيْنِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ ، أَوِ ٱحْتَالَ عَلَىٰ غَرِيمٍ ثُمَّ فَارَقَهُ ، أَوْ أَفْلَسَ فَفَارَقَهُ لِيُوسِرَ . . حَنِثَ ، وَإِنِ ٱسْتَوْفَىٰ وَفَارَقَهُ فَوَجَدَهُ نَاقِصاً : إِنْ كَانَ جِنْسَ حَقِّهِ لَـٰكِنَّهُ أَرْدَأُ . . لَمْ يَحْنَثْ ، وَإِلاَّ . . حَنِثَ عَالِمٌ ، . . . .

الغزالي والماوردي وابن الصباغ والمحاملي وغيرهم .

قال : (**قلت : الصحيح : لا يحنث إذا أمكنه اتباعه والله أعلم**) ؛ لأنه حلف علىٰ فعل نفسه ، فلا يحنث بفعل غيره ، والمصنف استدرك هـٰذا على المفهوم ؛ فإنه قيد عدم الحنث بعدم إمكان الاتباع ، فيفهم الحنث عند إمكانه .

وقال ابن كج : يحنث إذا أذن له .

وقيل : يحنث إذا أمكنه منعه ، قاله الصيدلاني .

وقيل : يحنث إذا أمكنه متابعته .

قال : (**وإن فارقه ، أو وقف حتىٰ ذهب وكانا ماشيين ، أو أبرأه ، أو احتال علىٰ غريم ثم فارقه ، أو أفلس ففارقه ليوسر . . حنث**) ؛ لأن المفارقة منسوبة إليه في المسألتين الأوليين ، وفي الثالثة فوت البر باختياره ، وفي الرابعة وهي ما إذا أحاله الغريم ، وكذا إذا احتال عليه ، فلأن الحوالة وإن قلنا : هي استيفاء فليست استيفاء حقيقة ؛ إنما هي كالاستيفاء في الحكم ، اللهم إلا أن ينوي أن لا يفارقه وذمته مشغولة بحقه . . فحينئذ ينبني الأمر علىٰ ما قصده ولا يحنث ، قاله المتولي .

وأما في الأخيرة . . فلوجود المفارقة وإن كان تركه واجباً ، كما لو قال : لا أصلي الفرض فصلىٰ . . حنث وإن كانت الصلاة واجبة عليه شرعاً .

قال : (**وإن استوفىٰ وفارقه فوجده ناقصاً : إن كان جنس حقه لـٰكنه أردأ . . لم يحنث**) ؛ لأن الرداءة لا تمنع الاستيفاء .

قال : (**وإلا**) أي : وإن كان غير جنس حقه ؛ بأن كان حقه دراهم فوجد المأخوذ فلوساً أو مغشوشاً .

قال : (. . **حنث عالم**) ؛ لأنه فارقه قبل استيفاء الحق .

وَفِي غَيْرِهِ ٱلْقَوْلَانِ . أَوْ لَا أَرَىٰ مُنْكَراً إِلاَّ رَفَعْتُهُ إِلَى ٱلْقَاضِي ، فَرَأَىٰ وَتَمَكَّنَ فَلَمْ يَرْفَعْ حَتَّىٰ مَاتَ . . حَنِثَ ـ وَيُحْمَلُ عَلَىٰ قَاضِي ٱلْبَلَدِ ، فَإِنْ عُزِلَ . . فَٱلْبَرُّ بِٱلرَّفْعِ إِلَى ٱلثَّانِي ـ أَوْ إِلاَّ رَفَعْتُهُ إِلَىٰ قَاضٍ . . بَرَّ بِكُلِّ قَاضٍ ، . . . .

قال : (**وفي غيره القولان**) أي : قولا حنث الناسي ، وكذلك الحكم لو استوفىٰ حقه ثم وجد به عيباً . . لا يخرجه عن إطلاق الاسم ، لٰكن أرشه كثير لا يسمح به ، فإن علم بذلك قبل التفرق . . حنث ، أو بعده . . خرج علىٰ قولي المكره ، وإن كان الأرش قليلاً . . لم يحنث .

فإن قيل : نقصان القدر وإن قل يوجب الحنث ، فهلا أوجبه عيب قليل الأرش؟ . . قلنا : لأن نقص القدر محقق والأرش مظنون .

فإن قيل : فلا تحنثوه إذا كثر الأرش[1] . . قيل : لأن الظن يقوىٰ إذا كثر ويضعف إذا قل ، قاله الماوردي .

قال : (**أو لا أرىٰ منكراً إلا رفعته إلى القاضي ، فرأىٰ وتمكن فلم يرفع حتىٰ مات . . حنث**) ؛ لتفويته البر باختياره ، فإن لم يتمكن . . فخلاف المكره ، ولا تلزمه المبادرة إلى الرفع ، بل له المهلة مدة عمره وعمر القاضي ، فمتىٰ رفعه إليه . . بر .

ولا يشترط في الرفع أن يذهب إليه مع صاحب المنكر ، بل يكفي أن يحضر عند القاضي وحده فيخبره ، أو يكتب إليه بذلك ، أو يرسل رسولاً فيخبره .

قال : (**ويحمل علىٰ قاضي البلد ، فإن عزل . . فالبر بالرفع إلى الثاني**) ؛ لأن التعريف بـ(أل) يرجع إليه .

وقيل : لا يختص به ، بل يرفع إلىٰ أي قاض كان ، وتكون الألف واللام للجنس .

فإن كان في البلد قاضيان . . فيرفع إلىٰ من شاء منهما ، فإن كان كل منهما في جانب . . فيظهر أن يتعين قاضي الشق الذي فيه فاعل المنكر ، كذا في « الجواهر » ، وفيه نظر .

قال : (**أو إلا رفعته إلىٰ قاض . . برَّ بكل قاض**)، سواء كان في تلك البلد أو غيرها .

---

(١) أي : بناءً على ظنية قدر الأرش .

أَوْ إِلَى ٱلْقَاضِي فُلاَنٍ فَرَآهُ ثُمَّ عُزِلَ : فَإِنْ نَوَىٰ مَا دَامَ قَاضِياً . . حَنِثَ إِنْ أَمْكَنَهُ رَفْعُهُ فَتَرَكَهُ ، وَإِلاَّ . . فَكَمُكْرَهٍ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ . . بَرَّ بِٱلرَّفْعِ إِلَيْهِ بَعْدَ عَزْلِهِ . . . .

قال : (**أو إلى القاضي فلان فرآه ثم عزل : فإن نوىٰ ما دام قاضياً . . حنث إن أمكنه رفعه فتركه**) ؛ لتفويته البر باختياره ، كذا في « المحرر » .

والذي في « الروضة » : إذا عزل . . لم يبر بالرفع إليه وهو معزول ولا يحنث وإن كان يمكنه ؛ لأنه ربما ولي ثانياً ، واليمين على التراخي ، فإن مات أحدهما قبل أن يولىٰ . . بان الحنث .

أما إذا لم يعزل ولم يرفع إليه حتىٰ مات أحدهما بعد التمكن . . حنث ، فإن لم يتمكن فقولا المكره ، فالذي في « المنهاج » محله في « الروضة » في الموت دون عزل ، وأما العزل فجزم بعدم الحنث فيه حتىٰ يموت أحدهما فيتبين الحنث .

قال : (**وإلا . . فكمكره**) فيأتي فيه القولان .

قال : (**وإن لم ينو . . بر بالرفع إليه بعد عزله**) ؛ لتعلقه بالعين ، وإن أطلق . . فوجهان ؛ لتقابل العين والصفة ، والأصح : أنه يبر بالرفع إليه بعد العزل تغليباً للعين .

و(فلان) : كناية عن اسم علم لمن يعقل ، ومعناه واحد من الناس ، كما أن (فُلُ) كناية عن نكرة من يعقل ، تقول : يا فل ، معناه : يا رجل ، وهو محذوف النون لا علىٰ سبيل الترخيم ، ولو كان ترخيماً . . لقالوا : يا فلا ، وربما قيل ذلك في غير النداء للضرورة ، قال أبو النجم [من الرجز] :

. . . . فــي لجــة أمســك فــلانــاً عــن فُــلِ

تتمة :

رأى المنكر بين يدي القاضي المرفوع إليه . . قال في « الوسيط » : لا معنىٰ للرفع إليه وهو يشاهده ، وقال المتولي : إنما يحصل البر بأن يخبره .

ولو رآه الحالف بعد اطلاع القاضي عليه . . فوجهان :

أحدهما : أنه فات البر بغير اختياره ، فيكون على القولين .

فَصْلٌ :

حَلَفَ لاَ يَبِيعُ أَوْ لاَ يَشْتَرِي ، فَعَقَدَ لِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ . . حَنِثَ - وَلاَ يَحْنَثُ بِعَقْدِ وَكِيلِهِ لَهُ - . . . .

وأصحهما - وبه أجاب البغوي - : أنه يبر بالإخبار .

وفي الأحوال الثلاثة لو لم ير الحالف منكراً حتىٰ مات . . فلا شيء عليه ، وفي حال تعيين القاضي لو لم ير منكراً حتىٰ مات القاضي . . فكذلك لا شيء عليه ، ولو رآه بعد عزله فإن نوى الرفع إليه في حال القضاء . . فلا شيء عليه ، وإن قصد غيره . . فليخبره .

قال : (**فصل** :

حلف لا يبيع أو لا يشتري ، فعقد لنفسه أو غيره) أي : عقداً صحيحاً بولاية أو وكالة (. . **حنث**) أما عقده لنفسه . . فبلا خلاف ؛ لصدور الفعل منه ، وأما لغيره . . فعلى الصحيح ؛ لأن إطلاق اللفظ يشملها .

وقيل : لا ؛ لانصراف العقد لغيره .

وقيل : إن أضاف العقد للموكل . . لم يحنث ؛ لأنه حلف على الشراء المطلق ، وعند التصريح بالسفارة لغيره لم يحصل ، وإن نواه . . حنث .

ثم إن مطلق الحلف على العقود ينزل على الصحيح ، فلا يحنث بالفاسد ، وقد تقدم في نكاح العبد أن الشافعي عمم هٰذه القاعدة إلا في مسألة واحدة ، وهي ما إذا أذن لعبده في النكاح فنكح فاسداً . . فإنه أوجب فيه المهر كما في النكاح الصحيح علىٰ قول .

هٰذا إذا أطلق اليمين ، فإن أضاف فيها العقد إلىٰ ما لا يقبله كما لو حلف لا يبيع الخمر أو المستولدة فأتىٰ بصورة البيع ، فإن قصد أن لا يورد صيغة العقد عليها . . حنث ، وإن أطلق . . لم يحنث .

قال : (**ولا يحنث بعقد وكيله له**) ، سواء كان مما يتولاه الحالف بنفسه عادة أم لا ؛ لأنه لم يفعل .

أَوْ لاَ يَتَزَوَّجُ أَوْ لاَ يُطَلِّقُ أَوْ لاَ يَعْتِقُ أَوْ لاَ يَضْرِبُ ، فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَهُ . . لَمْ يَحْنَثْ ، إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ أَنْ لاَ يَفْعَلَ هُوَ وَلاَ غَيْرُهُ ، . . . .

وحكى الربيع قولاً فيمن لا يتولىٰ ذلك الشيء بنفسه كالسلطان ونحوه : أنه يحنث للعرف .

واختلفوا هل هو من كسبه أو ليس من كسبه؟ وإلىٰ هـٰذا ذهب مالك رحمه الله تعالىٰ ، قال ابن الصلاح[1] : ولا ينبغي التسامح مع العامة بإطلاق عدم الحنث ؛ فإنهم لا يعرفون الفرق بين مباشرة العقد والتسبب إليه في إطلاقهم .

قال : (**أو لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق أو لا يضرب ، فوكل من فعله . . لم يحنث**) ؛ لأنه حلف علىٰ فعله ولم يفعله ، سواء كان ممن يتعاطىٰ ذلك بنفسه قطعاً أو جرت عادته فيه بالاستنابة على الأصح .

هـٰذا إذا كان المحلوف عليه يتعاطاه الحالف وغيره كما مثله المصنف ، فإن كان لا يتعاطاه في العرف العام إلا بالمباشرة دون الأمر كحلق العانة . . لم يحنث بفعل غيره قطعاً .

وجعل الماوردي منه : لا قرأت ولا كتبت ولا حججت ولا اعتمرت .

وإن كان لا يمكن إلا بالأمر كالحلف على الاحتجام والفصد وحلق الرأس . . حنث بالأمر ؛ لأنه لا يمكن إلا كذلك .

وصحح الرافعي في (كتاب الحج) في مسألة الحلق خلاف ما صححه هنا .

قال : (**إلا أن يريد أن لا يفعل هو ولا غيره**) عملاً بإرادته ، قال الرافعي : كذا أطلقوه مع قولهم : إن اللفظ حقيقة لفعل نفسه ، واستعماله في المعنى الآخر مجاز ، ففي هـٰذا استعمال اللفظ في الحقيقة والمجاز جميعاً ، وهو مستبعد عند أهل الأصول ، قال : والأولىٰ أن يؤخذ معنىً مشترك بين الحقيقة والمجاز فيقال : إذا نوىٰ أن لا يسعىٰ في تحقيق ذلك الفعل . . حنث بمباشرته وبالأمر به ؛ لشمول المعنىٰ ، وإرادة هـٰذا المعنىٰ إرادة المجاز وحده .

---

(١) في (ز) : (ابن الصباغ) .

أَوْ لاَ يَنْكِحُ . . حَنِثَ بِعَقْدِ وَكِيلِهِ لَهُ لاَ بِقَبُولِهِ هُوَ لِغَيْرِهِ ، . . . .

قال في « الروضة » : هـٰذا الذي ذكره الرافعي حسن ، والأول صحيح علىٰ مذهب الشافعي وأصحابنا المتقدمين في جواز إرادة الحقيقة والمجاز بلفظ واحد .

مهمة :

حلف لا يبيع لزيد مالاً فوكل الحالف رجلاً بالبيع وأذن له في التوكيل فوكل الرجل زيداً حتىٰ باع . . جزم الشيخان بحنث الحالف ، سواء علم زيد أم لا ؛ لأن اليمين منعقدة علىٰ نفي فعله ، وقد فعل زيد باختياره .

والصواب الجاري على القواعد : أنه إن كان ذلك الغير لا يأتمر بائتماره . . يحنث ، وإن كان يأتمر بأمره . . فعلى القولين في الناسي ، وينبغي أن يستثنىٰ من ذلك : ما إذا كان قد وكل قبل يمينه . . ففي « فتاوى القاضي حسين » : أنه إذا حلف لا يبيع أو لا يهب ولا يوكل وكان قد وكل قبل ذلك ببيع ماله ، فباع الوكيل بعد يمينه بالوكالة السابقة . . لم يحنث ؛ لأنه بعد اليمين لم يباشر ولم يوكل .

قال : (**أو لا ينكح . . حنث بعقد وكيله له**) ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأن الوكيل في النكاح سفير محض .

وفي وجه : لا يحنث ؛ لأنه لم يفعل ، وسواء جرت عادته بالتوكيل فيه أم لا ، وصححه في « التنبيه » ، وأقره المصنف عليه ، ولم يصحح في « الشرح » و« الروضة » شيئاً .

ومثله : لو حلف لا يطلق أو لا يعتق فوكل غيره ففعله .

وفي وجه : إن كان ممن عادته التوكيل . . حنث في الثلاث اعتباراً بعادته .

قال : (**لا بقبوله هو لغيره**) ؛ لأن النكاح تجب إضافته إلى الموكل ، فلا يحنث به الوكيل ، ولأنه لا يطلق عليه أنه تزوج .

هـٰذا إذا أطلق ، فإن نوىٰ لا يفعله هو ولا غيره . . فكما سبق ، فكان ينبغي للمصنف تأخير الاستثناء إلىٰ هنا .

أَوْ لاَ يَبِيعُ مَالَ زَيْدٍ فَبَاعَهُ بِإِذْنِهِ . . حَنِثَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، أَوْ لاَ يَهَبُ لَهُ فَأَوْجَبَ لَهُ فَلَمْ يَقْبَلْ . . لَمْ يَحْنَثْ ، وَكَذَا إِنْ قَبِلَ وَلَمْ يَقْبِضْ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَحْنَثُ بِعُمْرَىٰ وَرُقْبَىٰ ، وَصَدَقَةٍ . . . .

قال : (**أو لا يبيع مال زيد فباعه بإذنه . . حنث**) ؛ لصدق الاسم ، وكذلك لو باعه بإذن الحاكم لحجر أو امتناع .

قال : (**وإلا . . فلا**) ؛ لفساد البيع .

وذكره (البيع) مثال ، وإلا . . فسائر العقود لا تتناول إلا الصحيح ، وكذلك العبادات إلا الحج ؛ فإنه يحنث بفاسده ، ولا يستثنىٰ غيره .

قال : (**أو لا يهب له فأوجب له فلم يقبل . . لم يحنث**) ؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض .

وقال ابن سريج : يحنث ؛ لأنه يقال وهبه فلم يقبل .

قال الإمام : ولا شك أنهم يطردون هـٰذا الخلاف في البيع وغيره .

قال : (**وكذا إن قبل ولم يقبض في الأصح**) ؛ لأن نقل الملك لم يوجد .

والثاني : يحنث ؛ لأن الهبة قد حصلت والمتخلف الملك .

والذي صححه المصنف تبع فيه « المحرر » ، وصححه في زوائد « الروضة » ، ولم يصحح في « الشرح » شيئاً ، بل نقل تصحيح الأول عن المتولي والثاني عن البغوي .

وأفهمت عبارته : أنه إذا قبضها . . يحنث بلا خلاف ، لـٰكن متىٰ يحنث ؟ فيه وجهان في « الحاوي » :

أحدهما : حالة القبض ؛ لأن الملك حصل به .

والثاني : أن القبض دال على الملك حالة الهبة ، فعلىٰ هـٰذا يكون حانثاً من وقت العقد .

قال : (**ويحنث بعمرىٰ ورقبىٰ ، وصدقة**) أي : صدقة تطوع على الصحيح في الثلاثة ؛ لأنها أنواع من الهبة كما تقدم في بابها ، فكل صدقة هبة ولا ينعكس .

لاَ إِعَارَةٍ ، وَوَصِيَّةٍ وَوَقْفٍ . أَوْ لاَ يَتَصَدَّقُ . . لَمْ يَحْنَثْ بِهِبَةٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

وقيل : يحنث بالعمرىٰ والرقبىٰ دون الصدقة ؛ لأن الهبة والصدقة تختلفان اسماً وحكماً ، فإن الصدقة حرام على النبي صلى الله عليه وسلم دون الهبة .

وأما الزكاة وصدقة الفطر . . فلا يحنث بهما ، وتردد فيهما القفال .

والكفارات كالزكوات ، صرح به الماوردي .

قال : (**لا إعارة**) ؛ إذ لا ملك فيها .

قال : (**ووصية**) ؛ لأنها تمليك بعد الموت ، والميت لا يحنث بها .

وقيل : يحنث بها ؛ لأنها سبب في نقل الملك .

قال : (**ووقف**) بناء علىٰ أنه لا يملكه ، فإن قلنا : يملكه الموقوف عليه . . حنث .

ولا يحنث بالضيافة على الأصح .

قال : (**أو لا يتصدق . . لم يحنث بهبة في الأصح**) ؛ لأنها ليست صدقة ، ولهٰذا حلت للنبي صلى الله عليه وسلم .

والثاني : يحنث كعكسه .

ويحنث بالصدقة الواجبة والمندوبة ، سواء تصدق علىٰ غني أو فقير ؛ لشمول الاسم للقسمين جميعاً ، وخالف أبو حنيفة في الغني .

وقال المتولي : يحنث بالوقف ؛ لأنه صدقة ، وقال : إنه إذا دفع الصدقة لذمي . . لم يحنث ؛ لأنه لا قربة فيها ، قال الرافعي : وهٰذا ممنوع .

فروع :

حلف لا يبر فلاناً . . تناول جميع التبرعات من الهبة والهدية والضيافة والإعارة والوقف وصدقة التطوع ، يحنث بأيها وجد .

ولو كان المحلوف عليه عبده فأعتقه . . حنث ، وكذا لو كان عليه دين فأبرأه منه ، ولا يحنث بأن يدفع إليه الصدقة المفروضة ولا بالقرض .

أَوْ لاَ يَأْكُلُ طَعَاماً ٱشْتَرَاهُ زَيْدٌ . . لَمْ يَحْنَثْ بِمَا ٱشْتَرَاهُ مَعَ غَيْرِهِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : مِنْ طَعَامٍ ٱشْتَرَاهُ زَيْدٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَحْنَثُ بِمَا ٱشْتَرَاهُ سَلَماً ، وَلَوِ ٱخْتَلَطَ مُشْتَرَاهُ بِمُشْتَرَىٰ غَيْرِهِ . . لَمْ يَحْنَثْ حَتَّىٰ يَتَيَقَّنَ أَكْلَهُ مِنْ مَالِهِ . . . .

ولو حلف لا يطلق فخالع . . حنث ، أو لا يشارك فقارض . . حنث ؛ لأنه نوع من الشركة ، قاله صاحب « الكافي » .

وأفتى العماد بن يونس بأنه إذا حلف لا يستودع فأعطاه رجل درهماً يشتري به شيئاً ، وكان ليلاً فأمسكه إلى الغد . . لا يحنث ؛ لأنه وكالة لا وداعة .

قال : (**أو لا يأكل طعاماً اشتراه زيد . . لم يحنث بما اشتراه مع غيره**) أي : مشاعاً ؛ لأن كل جزء يقال فيه : هـٰذا اشتراه زيد . . يصدق فيه : بل اشتراه عمرو ؛ لأن زيداً لم يختص بشراء شيء منه ، فأشبه ما لو قال : لا أدخل دار زيد فدخل داراً لزيد وعمرو ، وجزم المصنف في هـٰذه ، وحكاية الخلاف في التي بعدها طريقة البغوي ، وطريقة الجمهور طرد الخلاف .

والوجه الثاني : الحنث ؛ لأنه ما من جزء إلا وقد ورد عليه شراء زيد .

والثالث : إن أكل أكثر من النصف . . حنث ، وإلا . . فلا .

وموضع الخلاف عند الإطلاق ، فلو أراد أن لا يأكل طعامه أو من طعامه . . فقال البغوي : يحنث بالمشترك ، وأقره الرافعي عليه ، وفيه نظر .

قال : (**وكذا لو قال : من طعام اشتراه زيد في الأصح**) ؛ لما سبق ، هـٰذا قول الجمهور ، ويقابله الوجهان السابقان .

قال : (**ويحنث بما اشتراه سلماً**) ؛ لأنه نوع من الشراء ، وكذا ما يملكه بالتولية والإشراك ، لا ما ملكه بإرث وهبة أو وصية ، أو رجع إليه برد بعيب أو إقالة ، أو خلص له بقسمة وإن جعلنا الإقالة والقسمة بيعاً ، وكذا الصلح على الصحيح ؛ لأن لفظ الصلح موضوع للرضا بترك الحق لا للتملك .

ولا يحنث بما اشتراه له وكيله ، ويحنث بما اشتراه لغيره بالوكالة .

قال : (**ولو اختلط مشتراه بمشترىٰ غيره . . لم يحنث حتىٰ يتيقن أكله من ماله**) ، وذلك بأن يأكل قدراً صالحاً كالكف والكفين ، بخلاف عشر حبات وعشرين .

أَوْ لاَ يَدْخُلُ دَاراً ٱشْتَرَاهَا زَيْدٌ . . لَمْ يَحْنَثْ بِدَارٍ أَخَذَهَا بِشُفْعَةٍ . . . .

والثاني : لا يحنث وإن أكل الجميع ؛ لأنه لا تمكن الإشارة إلىٰ شيء منه بأن زيداً اشتراه .

والثالث : إن أكل أكثر من النصف . . حنث ، وإلا . . فلا .

قال : (**أو لا يدخل داراً اشتراها زيد . . لم يحنث بدار أخذها بشفعة**) ؛ لعدم صدق الشراء ، والمراد : أخذ بعضها ؛ لأن الدار كلها لا تؤخذ بالشفعة عندنا .

فروع :

حلف لا يلبس حلياً . . حنث بالخلخال والسوار والطوق والدملج وخاتم الذهب والفضة .

وقال أبو حنيفة : لا يحنث بخاتم الفضة ؛ لأنه مألوف ، ولا بالمخنقة المتخذة من اللؤلؤ حتىٰ تمزج بذهب أو فضة .

وعندنا : يحنث به ؛ لأنه حلي ، قال الله تعالىٰ : ﴿ يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا ﴾ .

فلو تحلىٰ بالخرز والصفر ، فإن كان في عرفهم حلياً كأهل البوادي وسكان السواد . . حنث .

ولو حلف لا يلبس خاتماً . . لم يحنث بلبسه في غير الخنصر ؛ لأن الرجل لا يعد بذلك لابساً للخاتم ، بخلاف المرأة .

وإن منَّ عليه رجل فحلف لا يشرب له ماء من عطش فأكل له خبزاً أو لبس له ثوباً . . لم يحنث .

وإن قال : لا صليت ، فأحرم بفرض أو نفل . . حنث ، وقال القفال : إلا صلاة الجنازة فلا يحنث بها ؛ لأنها لا يطلق عليها صلاة عرفاً .

وإن قال : لا تسريت . . لا يحنث حتىٰ يحضن الجارية ويطأ وينزل على الأصح .

وإذا حلف لا يسكن دار فلان فسكن داراً له ولغيره فيها شركة قليلة أو كثيرة . . لم يحنث ، نص عليه في « الأم » .

. . . .

وحكى ابن العربي : أنه حضر فخر الإسلام الشاشي وقد سئل عمن حلف لا يلبس ثوباً معيناً واحتاج إلىٰ لبسه ، فأمره أن يسل منه خيطاً ثم يلبسه .

وإن حلف لا يكلم الناس. . حنث إذا كلم واحداً ، وإن قال : لا أكلم ناساً. . فثلاثة .

تتمة :

سئل بعض العلماء عن رجل حلف لينفردن بعبادة لله تعالىٰ لا يشاركه فيها غيره ، أو نذر ذلك ، فقال : لا سبيل إلىٰ ذلك إلا بأن يطوف بالبيت منفرداً ، قال : وفي معنىٰ ذلك الانفراد بالإمامة العظمىٰ ؛ فإن الإمام لا يكون إلا واحداً ، فإذا انفرد بها واحد. . فقد قام بعبادة هي أعظم العبادات ، وعليه حمل قول سليمان صلوات الله عليه وسلامه : ﴿ وَهَبْ لِى مُلْكًا لَّا يَنۢبَغِى لِأَحَدٍ مِّنۢ بَعْدِىٓ ﴾ ؛ فإنه انفرد بهـٰذه العبادة ، وهي القيام بمصالح الإنس والجن والطير وغيرها .

ولنختم الباب بأصول مأثورة وفروع منثورة في « فتاوى القفال » و« البحر » وغيرهما .

حلف لا يكلم زيداً ثم ولاه ظهره ، ثم قال : يا جدار افعل كذا. . لم يحنث وإن كان غرضه إفهام زيد ، وكذا إذا أقبل على الجدار وتكلم ولم يقل يا زيد ولا يا جدار. . لم يحنث ؛ لأن عائشة لما أرادت الخروج إلى البصرة. . أشارت عليها أم سلمة أن لا تفعل وحلفت إن خرجت أن لا تكلمها ، فخرجت ، فلما عادت إلى المدينة كانت أم سلمة تقول بحضرتها : يا حائط ؛ ألم أقل لك؟ يا حائط ؛ ألم أنهك؟ ففعلت غرضها وسلمت من الحنث .

وفي « الحاوي » : لو حلف لا يتزوج امرأة كان لها زوج فطلق امرأته ثم تزوجها. . لم يحنث ؛ لأن اليمين تنعقد علىٰ غير زوجته التي هي في نكاحه ، فإن كانت بائناً فتزوجها. . حنث .

ومنها : رجل له علىٰ آخر دين ، فقال : إن لم أقبضه منك اليوم. . فامرأتي

. . . .

طالق ، وقال صاحبه : إن أعطيتكه اليوم . . فامرأتي طالق ، طريقه : أن يأخذ منه صاحبه جزءاً فلا يحنثان .

ومنها : حلف لا يتزوج سراً فتزوج بولي وشاهدين . . حنث ؛ لأن التزويج لا يصح بدون ذلك ، وإن شهد فيه ثلاثة . . لم يحنث .

وحكى القاضي أبو الطيب في « شرح التلخيص » في (كتاب الصلح) : أنه لو حلف لا يكتب بهـٰذا القلم وكان مبرياً فكسر برايته واستأنف ببراية أخرىٰ . . لم يحنث وإن كانت الأنبوبة واحدة ؛ لأن القلم اسم للمبري دون القصبة ، وإنما سميت القصبة قبل البري قلماً مجازاً لا حقيقة .

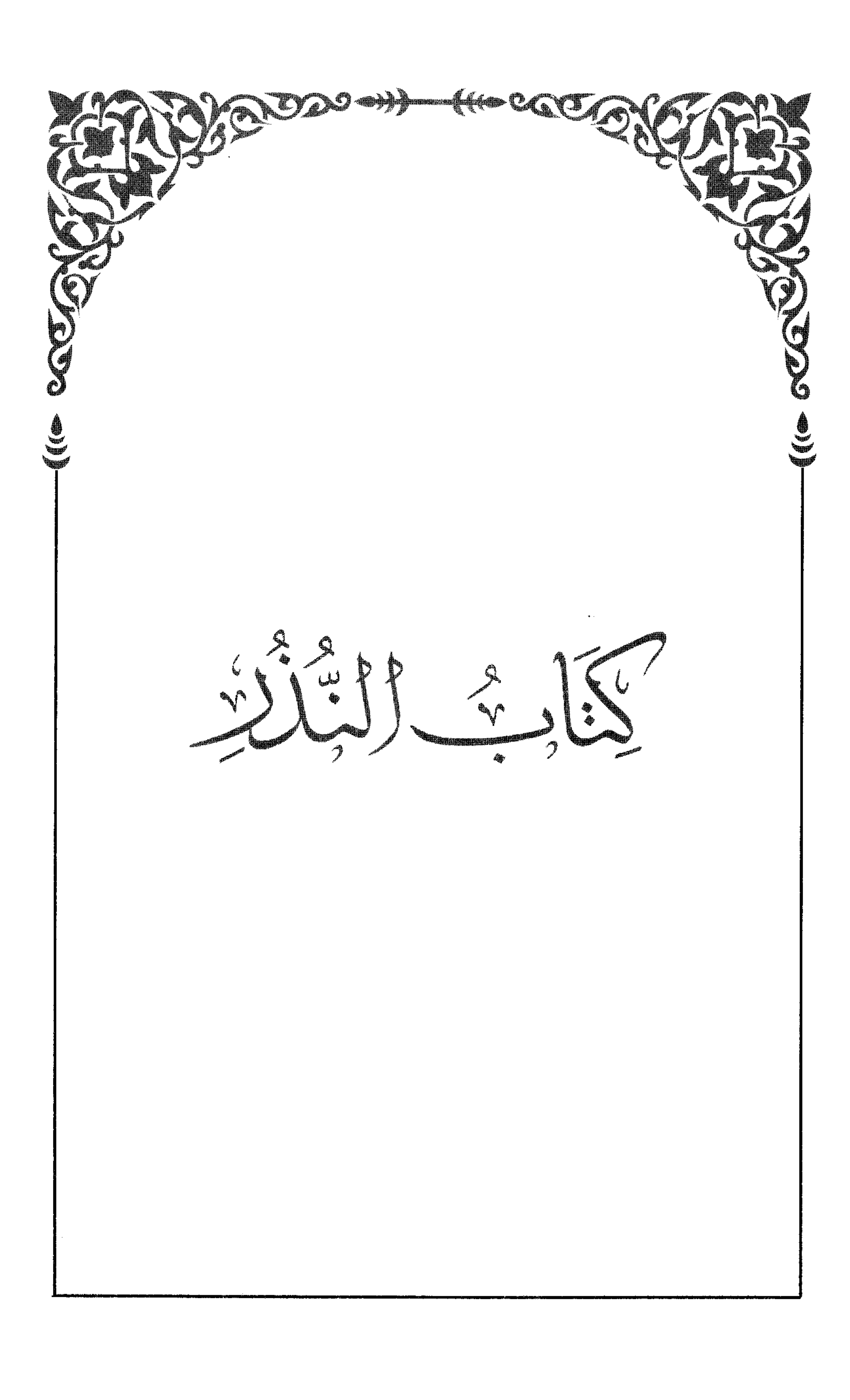
وكذلك لو قال : بهـٰذه السكين ثم أبطل حدها وجعل الحد من ورائها وبرىٰ بها . . لم يحنث .

ولو حلف لا يزور فلاناً فشيع جنازته . . لم يحنث .

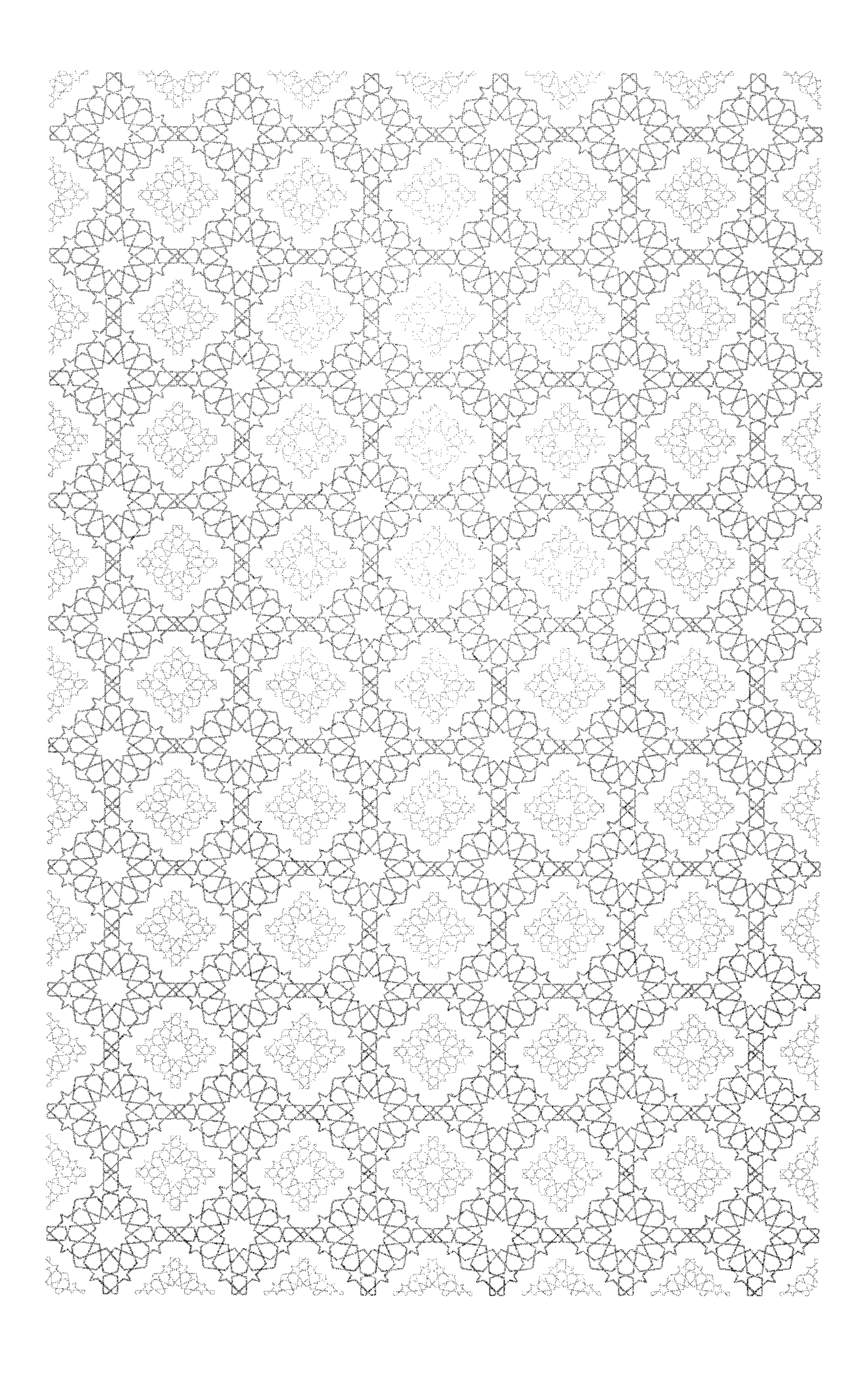
وإن حلف لا يركب فركب ظهر إنسان واجتاز به النهر ونحوه . . لم يحنث .

ولو حلف لا يسكن هـٰذا البيت أو لا يصطاد ما دام زيد والياً أو فلان قاضياً ونحو ذلك فعزل فلان ثم ولي . . لم يحنث بالمحلوف عليه ؛ لانقطاع الديمومة ، صرح به الخوارزمي وغيره .

* * *



كِتَابُ النُّذُورِ



كِتَابُ ٱلنَّذْرِ

. . . .

كتاب النذر

جمعه نذور ، يقال : نذر ينذر بكسر الذال المعجمة في المضارع ، وضمها لغتان .

وهو في اللغة : الوعد بخير أو شر ، وفي الشرع : الوعد بالخير دون الشر .

وحده بعضهم بأنه التزام قربة غير لازمة بأصل الشرع .

وأصل الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ يُوفُونَ بِٱلنَّذْرِ ﴾ ، وقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَٰهَدُوا۟ ﴾ .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه . . فلا يعصه » رواه البخاري [٦٦٩٦] وغيره .

واختلفوا فيه علىٰ أربعة آراء :

أحدها : أنه مكروه ، وإليه ذهب مالك ، وهو الذي أشار إليه في « شرح المهذب » ، ونقل عن النص ؛ لما في « الصحيحين » [خ ٦٦٠٨ـ م ١٦٣٩/ ٣] وغيرهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عنه وقال : « إنه لا يرد شيئاً ، وإنما يستخرج به من البخيل » .

قال ابن دقيق العيد : وفي الكراهة إشكال على القواعد ؛ لأن وسيلة الطاعة طاعة ، ووسيلة المعصية معصية .

والثاني : أنه خلاف الأولىٰ ، واختاره ابن أبي الدم ، ورد بأن هـٰذا فيه نهي مقصود .

والثالث : أنه قربة ، وبه جزم المتولي في (كتاب الوكالة) ـ فإنه قال : لا يجوز التوكيل فيه ؛ لأنه قربة ـ والقاضي حسين هنا ، والرافعي في نذر الكافر ، وفي « شرح

هُوَ ضَرْبَانِ : نَذْرُ لَجَاجٍ ، كَإِنْ كَلَّمْتُهُ . . فَلِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقٌ أَوْ صَوْمٌ ، . . . .

المهذب » في (باب ما يفسد الصلاة) ما يقتضيه ، ويدل عليه قوله تعالىٰ : ﴿ وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن نَّفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُم مِّن نَّذْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُهُۥ ﴾ أي : يجازي عليه .

والرابع : التفصيل : فيستحب نذر التبرر ، وهو الذي ليس معلقاً علىٰ شيء ، ولا يستحب المعلق ، وقد اختاره ابن الرفعة ، وقال ابن سراقة في « التلقين » : إنه مباح والوفاء به لازم .

ويستثنىٰ من إطلاق أنه قربة : ما إذا نذر أن يطيب غير الكعبة من المساجد . . فالراجح عند الإمام من احتمالَيه : عدم صحة نذره، واختار في «شرح المهذب» صحته .

والشرط في الناذر : أن يكون مسلماً مكلفاً مختاراً ، فلا يصح من الكافر كإحرامه بالحج ، وقيل : يصح منه النذر ويلزمه الوفاء به إذا أسلم ؛ لما روى الشيخان [خ ٢٠٤٣ـ م١٦٥٦] عن عمر : أنه نذر أن يعتكف ليلة في الجاهلية ، فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له : « أوف بنذرك » .

وحمل الأصحاب الخبر على الاستحباب ؛ لأنه لا يحسن أن يترك بسبب الإسلام ما عزم عليه في الكفر من خصال الخير .

قال مجلي : ويمكن بناؤها علىٰ أن الكفار مخاطبون بالفروع أم لا ، وفيه نظر ؛ لأن القائل بأنهم مخاطبون بها قائل بسقوطها بالإسلام .

ولا يصح نذر الصبي والمجنون والمكره ، وفي السكران الخلاف في تصرفاته .

ويصح من المحجور عليه نذر القرب البدنية دون المالية لعجزه عن التصرف فيها كما جزم به الرافعي هنا ، وفصل في (كتاب الحجر) فقال : تصح في الذمة دون العين .

قال : (**هو ضربان : نذر لجاج**) وهو التمادي في الخصومة ، ويسمىٰ عين الغضب وعين الغلق بفتح الغين المعجمة واللام .

قال : (**كإن كلمته . . فلله علي عتق أو صوم**) وكذلك غيرهما من العبادات كالصدقة ، وكذا : إن لم أكلمه . . فلله علي كذا ثم كلمه في الأولىٰ ولم يكلمه في الثانية .

وَفِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، وَفِي قَوْلٍ : مَا ٱلْتَزَمَ ، وَفِي قَوْلٍ : أَيُّهُمَا شَاءَ . قُلْتُ : ٱلثَّالِثُ أَظْهَرُ ، وَرَجَّحَهُ ٱلْعِرَاقِيُّونَ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

وإنما مثل بالعتق والصوم ليعلم أنه لا فرق بين المال والبدن[1] .

قال : (**وفيه كفارة يمين**) لما روىٰ مسلم [١٦٤٥] عن عقبة بن عامر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « كفارة النذر كفارة يمين » .

وبالاتفاق : لا يكفر نذر التبرر ، فتعين أن يراد به هـٰذا .

وروى البيهقي [١٠/٣٣] : أن رجلاً قال لعمر : إني جعلت مالي في رتاج[2] الكعبة إن كلمت أخي ، فقال : (إن الكعبة لغنية عن مالك ، كلِّم أخاك وكفر عن يمينك) وروي نحو ذلك عن عائشة وحفصة وأم سلمة وابن عباس وابن عمر ، ولا مخالف لهم .

قال : (**وفي قول : ما التزم**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من نذر وسمىٰ . . فعليه ما سمىٰ »[3] ، ولأنه التزم عبادة عند مقابلة شرط ، فيلزمه عند وجوده .

قال : (**وفي قول : أيهما شاء**) وبه قال أحمد ؛ لأنه اختار الوفاء بما نذر ، فهو الذي التزمه ، وإن اختار كفارة اليمين . . فالذي أتىٰ به حلف ؛ لأنه يقال : حلفت بطلاق امرأتي لأفعلن كذا ، ولأنه يشبه النذر ويشبه اليمين ، ولا سبيل إلىٰ جمعهما ولا إلىٰ تعطيلهما ، فوجب التخيير .

وروي هـٰذا الحكم عن جماعة من الصحابة أيضاً .

قال : (**قلت : الثالث أظهر ، ورجحه العراقيون والله أعلم**) .

وعن أبي حنيفة ثلاث روايات كالأقوال ، والمشهور عند أصحابه : لزوم الوفاء .

---

(١) في هامش (د) : (الصحيح عند الجمهور : أنه ينزل النذر في صفاته علىٰ صفات واجب الشروع إلا في الإعتاق ، وهـٰذا الخلاف في صفاته ، وأما أصل فعله والوفاء به . . فواجب بلا خلاف) .

(٢) في هامش (د) : (هو بالراء [والتاء] الفوقانية وألف وجيم : الباب ، وقيل : الغلق ، والله أعلم .
وقد يراد به : الكعبة نفسها ، ويقال فيه : الرتَج أيضاً بفتح الراء والتاء) .

(٣) انظر « الدراية في تخريج أحاديث الهداية » (٢/ ٩٢) .

فرع :

نص الشافعي علىٰ أن الحلف بالعتق من نذر اللجاج والغضب ، وأنه مخير فيه بين الكفارة والعتق ، أما لو قال : إن فعلت كذا فعبدي حر ففعله . . فإنه يعتق بلا خلاف ، وإنما التخيير في التزام العتق .

فرع :

عدد أنواعاً من القرب فقال : إن فعلت كذا . . فعلي حج وعتق وصدقة ، فإن أوجبنا الوفاء . . لزمه ما التزم ، وإن أوجبنا الكفارة . . لزمه كفارة واحدة على المذهب .

وعن الشيخ أبي محمد احتمال في تعددها .

قال : (**ولو قال : إن دخلت فعلي كفارة يمين أو نذر . . لزمه كفارة يمين بالدخول**) أما الأولىٰ . . فبالاتفاق تغليباً لحكم اليمين .

وأما الثانية . . فهو الذي نص عليه الشافعي محتجاً بقوله صلى الله عليه وسلم : « كفارة النذر كفارة يمين » .

وعلى القول الثاني : تلزمه قربة من القرب ، والتعيين إليه ، وليكن ما يعينه مما يلتزم بالنذر .

وعلى الثالث : يتخير بين ما ذكره وبين الكفارة .

فإن قال : إن فعلت كذا فعلي يمين أوفلله علي يمين . . فالصحيح : أنه لغو .

ولو قال : إن دخلت الدار فلله علي أن آكل اللحم مثلاً فدخلها . . لزمه كفارة يمين على الصحيح ، وقيل : لغو .

ولو قال : ابتداء مالي صدقة أو في سبيل الله . . ففيه أوجه :

أحدها ـ وهو الأصح عند الغزالي وبه قطع القاضي حسين ـ : أنه لغو ؛ لأنه لم يأت بصيغة التزام .

وَنَذْرُ تَبَرُّرٍ ؛ بِأَنْ يَلْتَزِمَ قُرْبَةً إِنْ حَدَثَتْ نِعْمَةٌ أَوْ ذَهَبَتْ نِقْمَةٌ ، كَإِنْ شَفَى ٱللهُ مَرِيضِي . فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَوْ عَلَيَّ كَذَا ، فَيَلْزَمُهُ ذَلِكَ إِنْ حَصَلَ ٱلْمُعَلَّقُ عَلَيْهِ ، . . . . .

والثاني : يلزمه التصدق به .

والثالث : يصير ماله بذلك صدقة كما لو قال : جعلت هـٰذه الشاة أضحية .

قال : (**ونذر تبرر**) أي : يطلب به مطلق البر والتقرب إلى الله تعالىٰ ، وهـٰذا هو الضرب الثاني الذي أشار إليه ، وهو نوعان كما ذكره .

قال : (**بأن يلتزم قربة إن حدثت نعمة أو ذهبت نقمة ، كإن شفى الله مريضي . . فلله علي أو علي كذا ، فيلزمه ذلك إن حصل المعلق عليه**) ويجوز تقديمه إن كان مالياً ، وفي « فتاوى القفال » ما ينازع فيه ، كذا في « الرافعي » هنا ، وتبعه في « الروضة » ، لـٰكن فيها في (باب تعجيل الزكاة) المنع .

واستدل للوجوب إذا حصل المعلق عليه بقوله تعالىٰ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ ، ﴿ وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ ﴾ .

وفي « سنن أبي داوود » [٣٣١٢] : أن امرأة ركبت البحر ، فنذرت إن نجاها الله تعالىٰ أن تصوم شهراً ، فنجت فلم تصمه حتىٰ ماتت ، فجاءت بنتها أو أختها إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تصوم عنها .

وأطلق المصنف (النعمة) و(النقمة) ، وخصهما الشيخ أبو محمد بما يحصل علىٰ ندور ، فلا يصح في النعم المعتادة كما في سجود الشكر .

قال الإمام ـ ووافقه طائفة من الأصحاب وطرده القاضي حسين ـ : في كل مباح ، وهو أفقه ، لـٰكن التعبير بالحدوث يفهم امتناعه في النعم الحاصلة ، وهو قياس سجود الشكر ، وهو يقوي مقالة الشيخ أبي محمد .

وأفهمت عبارة المصنف : أن النذر لا يصح إلا بالقول ، وهو الصحيح .

وقيل : يصح بالنية وحدها ؛ لأن اعتماد القرب عليها لحديث : « الأعمال بالنيات » ويظهر أنه مخرج من القديم ، وهو لزوم الأضحية بمجرد النية .

وأجيب عنه بأن قوله صلى الله عليه وسلم : « وإنما لكل امرىء ما نوىٰ » يقتضي

وَإِنْ لَمْ يُعَلِّقْهُ بِشَيْءٍ كَـلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ . . لَزِمَهُ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَلاَ يَصِحُّ نَذْرُ مَعْصِيَةٍ ،

أن يكون ما نواه له لا عليه ، ولو جعلناه بمجرد النية ملتزماً . . لكان عليه ، فيكون بخلاف الخبر .

فرع :

علق النذر بمشيئة زيد . . لم ينعقد وإن شاء زيد كما جزم به في « الروضة » .

ولا نزاع أنه لو قال : لله علي أن أصوم إن شاء الله . . أنه لا يلزمه شيء .

فرع :

نذر شيئاً إن شفى الله مريضه ، ثم شك هل هو صدقة أو عتق أو صلاة أو صوم؟ أفتى البغوي بأنه يحتمل أن يلزمه الجميع كمن نسي صلاة من خمس ، واحتمال أن يقال : يجتهد بخلاف الصلاة ؛ لأنا تيقنا هناك وجوب الجميع عليه فلا يسقط إلا باليقين ، وهنا تيقنا أن الجميع لم يجب عليه ، إنما وجب شيء واحد واشتبه ، فيجتهد كالقبلة والأواني . اهـ

وهـٰذا نظير ما لو كانت عليه زكاة ولم يدر هل هي بقرة أو شاة أو دراهم أو دنانير ، فعند ابن عبد السلام : يلزمه الجميع كالصلاة المنسية ، وقد تقدمت في (باب زكاة النقد) .

قال : (**وإن لم يعلقه بشيء كلله علي صوم . . لزمه في الأظهر**) ؛ لإطلاق الخبر السابق .

والثاني : لا يلزمه شيء ؛ لأن أهل اللغة قالوا : النذر وعد بشرط ولا شرط هنا ، ومنعه الأول بقوله تعالىٰ : ﴿ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي ﴾ ولا شرط فيه .

قال : (**ولا يصح نذر معصية**) كالصلاة محدثاً ، وكالصلاة حائضاً والقراءة جنباً ، وشرب الخمر وقتل النفس والزنا ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا نذر في معصية الله تعالىٰ » رواه مسلم [١٦٤١] .

ومن هـٰذا : نذر ذبح الولد أو ذبح النفس ، فلا ينعقد شيء من ذلك .

. . . .

وقال أبو حنيفة : ينعقد نذر ذبح الولد ويلزمه ذبح شاة ، وسلم أنه لو نذر ذبح والده أو أخيه لا ينعقد .

وعن أحمد رحمه الله : أنه تلزمه كفارة يمين ، وأخرىٰ : أنه يلزمه ذبح كبش .

وإذا عرف أنه لا ينعقد نذر فعل المعصية ، فإذا لم يفعل ما نذره . . فقد أحسن ، ولا تلزمه كفارة يمين على المشهور ؛ لأنه لم توجد صيغة اليمين ولا حقيقته .

وعن الربيع رواية قول : إنه تلزمه كفارة يمين ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا نذر في معصية ، وكفارته كفارة يمين » رواه أحمد [٤/٤٣٣] والنسائي [٧/٢٧] والحاكم [٤/٣٠٥] والبيهقي [١٠/٥٦] من رواية عمران بن حصين ، ورواه الأربعة[1] عن عائشة .

وأجاب المصنف بأنه ضعيف باتفاق المحدثين ، وحمله الجمهور علىٰ نذر اللجاج ، وجعلوا ما رواه الربيع من كيسه ، وبعضهم يحكي الخلاف في المسألة وجهين .

واستبعد الإمام وجوب الكفارة وقال : يجوز أن يجعل النذر كناية عن اليمين ، فأما إلحاقه بالأيمان مطلقاً . . فلا معنىٰ له .

تنبيهان :

أحدهما : يستثنىٰ من إطلاقهم : ما إذا نذر عتق العبد المرهون . . فقد حكى الشيخان عن المتولي أنه ينعقد مع قولهم في (كتاب الرهن) : إن الإقدام علىٰ عتق المرهون لا يجوز ، وما لو نذر أن يصلي في أرض مغصوبة . . يصح النذر ويصلي في موضع آخر كما صرح به البغوي في « التهذيب » ، والقفال في « الفتاوىٰ » ، والجاجرمي في « الإيضاح » .

وبعدم الانعقاد جزم المحاملي في « المقنع » .

وفي « فتاوى القفال » : لو نذر أن يصلي في ثوب نجس . . لم ينعقد نذره على

---

(١) أبو داوود (٣٢٨٣) ، والترمذي (١٥٢٤) ، والنسائي (٧/٢٦) ، وابن ماجه (٢١٢٥) .

وَلاَ وَاجِبٍ ، وَمَنْ نَذَرَ فِعْلَ مُبَاحٍ أَوْ تَرْكَهُ . . لَمْ يَلْزَمْهُ ، . . . .

الظاهر ، وقياس ما أفتىٰ به في الأرض المغصوبة أن يصح ، ويصلي في ثوب طاهر ، وقد يفرق .

الثاني : احترز بـ(المعصية) عن المكروه كصوم الدهر ، فإذا نذره . . انعقد ولزمه الوفاء بلا خلاف ، كذا في « شرح المهذب » ، وكلام المتولي يفهم عدم الانعقاد ، وأشار إليه الرافعي تفقهاً ؛ لأن المكروه لا يتقرب به إلى الله تعالىٰ .

قال : (**ولا واجب**) كالصلوات الخمس وصوم شهر رمضان والحج الواجب ؛ لأنه محتم بإيجاب الشرع فلا معنىٰ لالتزامه ، سواء علقه علىٰ حصول نعمة أم لا ، كذا أطلقه المصنف ، وهو صحيح في الواجب على الأعيان كالمكتوبات وصوم رمضان .

وأما الواجب على الكفاية . . فحاصل ما في « الروضة » : أنه يصح ، وقد ذكر المصنف في آخر الباب أنه يصح نذر الجماعة مع ترجيحه أنها فرض كفاية ، فإن تعين فرض الكفاية . . ألحق بفرائض الأعيان ، فلا يصح نذرها بلا خلاف .

وذكر الإمام أن فروض الكفايات التي يحتاج في أدائها إلىٰ بذل مال أو معاناة مشقة تلزم بالنذر كالجهاد وتجهيز الموتىٰ .

وقال المتولي : المذهب : عدم انعقاد نذر صلاة الجنازة ، وسكتوا عن الواجب المخير إذا عين خصلة بالنذر هل يتعين؟ والقياس تعين أعلاها بناء على الصحيح أن الواجب أحدها ، فكأنه تطوع بالزائد ، والنذر يصح في التطوع ، بخلاف ما إذا عين أدناها ، لـٰكن في « تعليق القاضي حسين » الجزم بأنه لا يتعين ؛ لما فيه من تغيير إيجاب الله تعالىٰ .

قال : (**ومن نذر فعل مباح أو تركه**) كالأكل والنوم ونحوهما (. . **لم يلزمه**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا نذر إلا فيما أبتغي به وجه الله » رواه أحمد [٢/١٨٥] وأبو داوود [٣٢٦٧] .

وفي « البخاري » [٦٧٠٤] : أن النبي صلى الله عليه وسلم رأىٰ وهو يخطب رجلاً قائماً في الشمس ، فسأل عنه فقالوا : هـٰذا أبو إسرائيل ، نذر أن يقوم ولا يقعد

ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم ، فقال صلى الله عليه وسلم : « مروه فليتكلم وليقعد وليستظل وليتم صومه » .

وأبو إسرائيل هـٰذا : اسمه قيصر العامري ، قاله الحافظ عبد العظيم ، وقال البغوي وابن بشكوال : اسمه قشير ، وقيل : يسير ، ووقع في « المهذب » بخط المصنف : ابن إسرائيل ، وهو سبق قلم(١) .

فإن قيل : روىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ؛ إني نذرت أن أضرب علىٰ رأسك بالدف ، فقال : « أوف بنذرك »(٢) والضرب بالدف ليس بقربة . . فالجواب : أنه لما اتصل باتصال السرور برسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم المدينة وأغاظ الكفار وأرغم المنافقين . . كان من القرب .

وكذلك استحب ضربه في النكاح ؛ ليخرج عن معنى السفاح .

وفسر الرافعي والمصنف المباح بما لم يرد فيه ترغيب ولا ترهيب كالأكل والنوم والقيام والقعود ، أما المباح الذي يحصل به التقوي على العبادة . . فإنه يثاب علىٰ قصده دون فعله ، ولذلك قال معاذ : (إني أنام وأحتسب نومتي كما أحتسب قومتي) رواه البخاري [٤٣٤٢] .

نعم ؛ يستثنىٰ من إطلاقه ما إذا نذر الحلق وقلنا : إنه استباحة محظور . . فالأصح في زوائد « الروضة » : وجوبه ، فهـٰذا مباح وجب بالنذر .

فرع :

الأصح في زوائد « الروضة » و« شرح المهذب » : أن من التزم بالنذر ألا يكلم الآدميين . . لم يلزمه ذلك ؛ لما فيه من التضييق والتشديد ، وليس ذلك من شرعنا ، ويدل له حديث أبي إسرائيل المتقدم .

---

(١) في هامش (د) : (وليس في الصحابة أحد يكنىٰ أبا إسرائيل غيره) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٣٨٦)، وأبو داوود (٣٣٠٤)، والبيهقي (١٠/ ٧٧)، وأحمد (٥/ ٣٥٦) .

وفي « البخاري » [٣٨٣٤] : أن امرأة حجت صامتة عن الكلام ، فقال لها أبو بكر رضي الله عنه : (تكلمي ؛ فإن هـٰذا لا يحل) .

وقال القفال : يحتمل أن يلزمه ؛ لأنه مما يتقرب به إلى الله .

ويدل له ما رواه البخاري [٦٠٧٥] عن عائشة : أنها نذرت أن لا تكلم ابن الزبير ، فلما دخل عليها بالمسور بن مخرمة وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث وكلمته . . أعتقت أربعين نسمة ، وكانت إذا ذكرت ذلك بكت إلىٰ أن تبل خمارها وتقول : (إن النذر شديد) .

قال : (**لـٰكن إن خالف . . لزمه كفارة يمين على المرجح**)[1] وهو الذي رجحه الشيخان في الكلام علىٰ نذر اللجاج والغضب ؛ لأنه نذر في غير معصية الله .

والثاني - وهو المرجح في « الشرح » و« الروضة » هنا وجزما به في أول (الإيلاء) : لا كفارة ؛ لأنه لم توجد صيغة اليمين ولا حقيقته ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر أبا إسرائيل بذلك .

فروع :

الأول : نقل الشيخان عن « التهذيب » وأقراه : أن الإمام إذا نذر الاستسقاء . . لزمه أن يخرج بالناس ويصلي بهم .

ولو نذر واحد من الناس . . لزمه أن يصلي منفرداً ، وإن نذر أن يستسقي بالناس . . لم ينعقد ؛ لأنهم لا يطيعونه ، ولو نذر أن يخطب . . لزمه .

قال في « المهمات » : والذي نقلاه من لزوم إخراج الناس خلاف مذهب الشافعي ؛ فالذي نص عليه في « الأم » : أن الناس لا يلزمهم الخروج مع الإمام إذا نذر ؛ لأن طاعته تجب فيما يعود إلىٰ صلاح المسلمين لا فيما يختص به .

---

(١) في هامش (د) : (والصواب على الجملة : أنه لا كفارة مطلقاً لا عند المخالفة ولا غيرها في نذر المعصية والفرض والمباح ، والله أعلم) .

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ أَيَّامٍ . . نُدِبَ تَعْجِيلُهَا ، فَإِنْ قَيَّدَ بِتَفْرِيقٍ أَوْ مُوَالاَةٍ . . وَجَبَ ، . . .

الثاني : في فتاوى الغزالي : إذا قال المشتري : إن خرج المبيع مستحقاً فلله علي أن أهبك مئة دينار . . لا يلزمه شيء إذا خرج مستحقاً ؛ لأنه مباح ، والمباح لا يلزم بالنذر ، وليس نذر لجاج ، قال : ولا يؤثر قضاء القاضي في ذلك ، إلا إذا نقل مذْهَب مُعتَبرٍ في لزوم ذلك بالنذر ، لـٰكن علىٰ ما قال المصنف هنا تلزمه كفارة يمين إن لم يفعله علىٰ ما فيه من الاضطراب .

الثالث : نذر السلطان صلاح الدين في بعض نصارى الساحل أنه إن ظفر بهم أن يقتلهم ولا يمن عليهم ، ثم ظفر بهم أحد نوابه فأعطاهم الأمان ، فاستفتىٰ صلاح الدين في ذلك ، فاختلف عليه الفقهاء ، وكانت فتيا الشيخ شهاب الدين الطوسي رحمه الله : أن لا أمان لهم ؛ لقبح ما تعاطوه في الإسلام ، فأخذ صلاح الدين بفتياه وأحضره معه علىٰ قتلهم ؛ تحرياً في التقليد وتبرياً من الاستبداد ، فلما أخذتهم السيوف . . التفت صلاح الدين فإذا الشيخ شهاب الدين يبكي ، فقال له : ما هـٰذا؟ أرجوعاً عن الفتيا بعدالفوات؟ فقال : لا ، ولـٰكن رحمة جبلية لهـٰذه الصورة الإنسانية ، فكان بكاؤه كبكاء آدم رحمة جبلية على العصاة والكافرين من ذريته .

قال : (**ولو نذر صوم أيام . . ندب تعجيلها**) مسارعة إلىٰ براءة الذمة ، فلو مات قبله وبعد التمكن . . فُدي عنه ، أو صيم على الخلاف المعروف ، وما ذكره من ندب التعجيل محله عند انقضاء المانع ، فلو عارضه ما هو أقوىٰ منه كالمجاهد والمسافر تلحقه المشقة بالصوم . . فالأولىٰ تأخيره ليزول المانع ، لا سيما إن وجد ذلك قبل النذر .

قال : (**فإن قيد بتفريق أو موالاة . . وجب**) ؛ عملاً بما التزمه ، أما إذا قيد بالموالاة . . فواجب قطعاً ، وإن قيد بالتفريق . . فوجهان :

أحدهما : يجب ، وصححه في « شرح المهذب » .

والثاني : لا ، وصححه الإمام والغزالي .

ولو نذر عشرة متفرقة فصامها متوالية . . أجزأت على الثاني ، وأجزأ منها خمسة على الأول .

وَإِلاَّ . . جَازَ . أَوْ سَنَةٍ مُعَيَّنَةٍ . . صَامَهَا وَأَفْطَرَ ٱلْعِيدَ وَٱلتَّشْرِيقَ وَصَامَ رَمَضَانَ عَنْهُ وَلاَ قَضَاءَ . وَإِنْ أَفْطَرَتْ لِحَيْضٍ أَوْ نِفَاسٍ . . وَجَبَ ٱلْقَضَاءُ فِي ٱلأَظْهَرِ . قُلْتُ : ٱلأَظْهَرُ : لاَ يَجِبُ ، وَبِهِ قَطَعَ ٱلْجُمْهُورُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْماً بِلاَ عُذْرٍ . . وَجَبَ قَضَاؤُهُ ، وَلاَ يَجِبُ ٱسْتِئْنَافُ سَنَةٍ ، . . . .

قال : (**وإلا . . جاز**) أي : وإن لم يقيد بتفريق ولا موالاة . . جاز التفريق والموالاة ؛ لحصول الوفاء على التقديرين .

قال : (**أو سنة معينة . . صامها وأفطر العيد والتشريق وصام رمضان عنه ولا قضاء**) ؛ لأن هاذه الأيام لو نذر صومها . . لم ينعقد نذره ، وهاذا بناء على الجديد وهو عدم جوازها ، فإن قلنا بالقديم : إنه يصح صومها للمتمتع ـ وهو المختار عند المصنف ـ لزمه صومها وقضاؤها إن لم يصمها ، ولا خلاف أنه إذا نذر صوم الدهر . . لزمه ، وكان حكمه كذلك .

قال : (**وإن أفطرت لحيض أو نفاس . . وجب القضاء في الأظهر**) ؛ لأن الزمان قابل للصوم ، وإنما أفطرت لمعنىً فيها فتقضي كصوم رمضان .

وخالف ما لو نذرت صوم أيام حيضها . . فإنه لا يصح ولا قضاء ؛ لأنه معقود علىٰ معصية ، وهنا دخل في العموم ، وهاذا الذي رجحه البغوي وصاحبا « التنبيه » و« المرشد » فتبعهم « المحرر » .

قال : (**قلت : الأظهر : لا يجب ، وبه قطع الجمهور والله أعلم**) ؛ لأن زمانها يقع مستثنىً شرعاً كالعيد ، فعلىٰ هاذا : في الفطر بالمرض وجهان : قال في « الكفاية » : أظهرهما : وجوب القضاء ، والذي في « الروضة » : أن فيه هاذا الخلاف ، ورجح ابن كج وجوب القضاء على المذهب .

قال : (**وإن أفطر يوماً بلا عذر . . وجب قضاؤه**) ؛ لتفويته باختياره ، وهاذا لا خلاف فيه ، ومع ذلك يأثم .

قال : (**ولا يجب استئناف سنة**) ؛ لأن التتابع كان للوقت ، لا أنه مقصود كما في رمضان ، ولا فرق في ذلك بين أن يفطر بعذر أو بغيره .

فَإِنْ شَرَطَ ٱلتَّتَابُعَ . . وَجَبَ فِي ٱلأَصَحِّ . أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ وَشَرَطَ ٱلتَّتَابُعَ . . وَجَبَ . وَلاَ يَقْطَعُهُ صَوْمُ رَمَضَانَ عَنْ فَرْضِهِ وَفِطْرُ ٱلْعِيدِ وَٱلتَّشْرِيقِ وَيَقْضِيهَا تِبَاعاً مُتَّصِلَةً بِآخِرِ ٱلسَّنَةِ ، وَلاَ يَقْطَعُهُ حَيْضٌ ، وَفِي قَضَائِهِ ٱلْقَوْلاَنِ ، وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ . . لَمْ يَجِبْ ، . . . .

ولو أفطر جميع السنة . . لم يلزمه التتابع في قضائها كصوم رمضان .

قال : (**فإن شرط التتابع**) أي : في نذره السنة المعينة (. . **وجب**) أي : استئناف السنة (**في الأصح**) ؛ لأن ذكر التتابع يدل علىٰ كونه مقصوداً .

والثاني : لا يجب ؛ لأن شرط التتابع مع تعيين السنة لغو .

فإن قال : لله علي صوم هـٰذه السنة . . حمل على العربية ، فإذا كان في أثنائها . . لزمه صوم ما بقي منها إلا العيدين وأيام التشريق .

فلو قال في أثناء سنة : لله علي صوم هـٰذه السنة صام باقيها وإن كان يوماً ، وكأنه قال : باقي هـٰذه السنة .

قال : (**أو غير معينة وشرط التتابع . . وجب**) عملاً بما التزمه وهـٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**ولا يقطعه صوم رمضان عن فرضه وفطر العيد والتشريق**) ؛ لاستثناء ذلك شرعاً .

واحترز بقوله : (عن فرضه) عمَّا لو صامه لا عن فرضه بل عن نذر أو غيره . . فإنه لا يصح صومه ؛ لما سبق ، وينقطع به التتابع قطعاً .

قال : (**ويقضيها**) أي : رمضان والعيدين والتشريق .

قال : (**تباعاً متصلة بآخر السنة**) عملاً بما شرطه ، هـٰذا هو المنصوص الذي قطع به الجمهور ، وقيل : وجهان : أصحهما : هـٰذا .

وثانيهما : لا قضاء كالسنة المعينة .

قال : (**ولا يقطعه حيض**) ؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه .

قال : (**وفي قضائه القولان**) أي : السابقان في المعينة .

قال : (**وإن لم يشرطه . . لم يجب**) أي : التتابع ؛ لعدم الالتزام ، فيصوم ثلاث

أَوْ يَوْمَ ٱلإثْنَيْنِ أَبَداً . لَمْ يَقْضِ أَثَانِيَ رَمَضَانَ ، وَكَذَا ٱلْعِيدُ وَٱلتَّشْرِيقُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، فَلَوْ لَزِمَهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ تِبَاعاً لِكَفَّارَةٍ . صَامَهَا ، وَيَقْضِي أَثَانِيَهُمَا ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ يَقْضِي إِنْ سَبَقَتِ ٱلْكَفَّارَةُ ٱلنَّذْرَ . قُلْتُ : ذَا ٱلْقَوْلُ أَظْهَرُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . . .

مئة وستين يوماً ، أو اثني عشر شهراً بالهلال ، وإن انكسر شهر . . أتمه ثلاثين ، وشوال وذو الحجة منكسران بسبب العيد والتشريق .

قال : (**أو يوم الإثنين أبداً . . لم يقض أثاني رمضان**) ؛ لأن وجوب صوم رمضان سابق على النذر فلا يتقدم عليها النذر .

وقوله : (أثاني) بحذف النون هو الصواب .

ووقع في « المهذب » و« المحرر » و« الشرح » و« الروضة » : أثانين رمضان بالنون ، وهي لغة قليلة ، ويوم الإثنين لا يثنىٰ ولا يجمع ؛ لأنه مثنىٰ .

قال : (**وكذا العيد والتشريق في الأظهر**) ؛ لتعينهما للإفطار .

والثاني : يقضي ؛ لأنه لم يتحقق وقوعه فيه فلم يخرج عن نذره ، وبخلاف ما إذا نذر صوم سنة معينة حيث قلنا : لا يقضي ؛ لأن وقوعها في السنة لازم ، ووقوع العيد في يوم الإثنين غير لازم .

ثم إن كلام المصنف يقتضي : أن كل إثنين وقع في رمضان لا يقضىٰ قطعاً مع جريان خلاف في العيد والتشريق ، وليس كذلك ، بل خامس الأثاني فيه الخلاف كالعيد .

قال : (**فلو لزمه صوم شهرين تباعاً لكفارة . . صامها ويقضي أثانيهما**) وإن سبق النذر الكفارة ؛ لأنه أدخل علىٰ نفسه صوم الشهرين بعده .

قال : (**وفي قول : لا يقضي إن سبقت الكفارة النذر . قلت : ذا القول أظهر والله أعلم**) كما لا يقضي الأثاني الواقعة في رمضان ؛ لتقدم وجوبها على النذر .

ووجه مقابله : أن الوقت غير متعين لصوم الكفارة ، ولو صام في الشهرين أثانيهما . . لوقعت عن نذره ، فإذا تركه . . قضىٰ ، بخلاف أثاني رمضان ، وهو أظهر عند البغوي وطائفة من العراقيين ، وتبعهم في « المحرر » ، قال في « المهمات » : وهو الصواب المنصوص المفتىٰ به ، لـٰكن يشكل على الرافعي ما لو نذر صوم الدهر وكان عليه كفارة حين النذر . . فإن زمانها مستثنىً كما قاله .

وَتَقْضِي زَمَنَ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ فِي ٱلأَظْهَرِ . أَوْ يَوْماً بِعَيْنِهِ . . لَمْ يَصُمْ قَبْلَهُ ، أَوْ يَوْماً مِنْ أُسْبُوعٍ ثُمَّ نَسِيَهُ . . صَامَ آخِرَهُ وَهُوَ ٱلْجُمُعَةُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُوَ . . وَقَعَ قَضَاءً . .

وقياس قوله في الأثاني : أن يفدي عن النذر كما لو لزمت الكفارة بعد أن نذر .

وإذا نذر صوم الإثنين أبداً ثم صامه عن نذر آخر مطلق . . لم يصح عن النذر المعين بلا خلاف ، وهل يجزىء عما نوىٰ؟ علىٰ قولين : أظهرهما : الإجزاء ، بل نقل الإمام الاتفاق عليه .

قال : (**وتقضي زمن حيض ونفاس في الأظهر**) ؛ لأن الوقت غير متعين لصوم الكفارة .

والثاني : لا تقضيها ؛ لتقدم وجوبها على النذر كما لا تقضى الأثاني الواقعة في رمضان .

وموضع الخلاف إذا لم تكن لها عادة غالبة ، فإن كانت . . فعدم القضاء فيما يقع في عادتها أظهر ، وبه قطع بعضهم ، أما لو أفطرت بعذر المرض . . فالمشهور وجوب القضاء ، وقيل : على الخلاف .

ولو نذر صوم يوم الشك . . لم يصح على الأصح ، فإن صححنا . . فليصم غيره ، قال في « الروضة » هنا : فإن صامه . . خرج عن نذره علىٰ ما في ذلك من النظر .

قال : (**أو يوماً بعينه . . لم يصم قبله**) كالواجب بالشرع ، فإن فعل . . لم يصح ، ولا يجوز تأخيره عنه بلا عذر ، فإن أخر وفعل . . صح وكان قضاء ، هـٰذا هو المذهب ، وقيل : وجهان : ثانيهما : لا يتعين كالزمان ، فيجوز قبله وبعده .

ويجريان أيضاً في تعيين السنة والشهر ، فلو نذر صوم خميس ولم يعين . . كفاه أي خميس كان ، وإذا مضىٰ خميس . . استقر في ذمته ، حتىٰ لو مات قبل أن يصوم . . فدي عنه .

قال : (**أو يوماً من أسبوع ثم نسيه . . صام آخره وهو الجمعة ، فإن لم يكن هو . . وقع قضاء**) كذا قاله الشيخان وغيرهما .

قال في « المطلب » : ويجوز أن يقال : يلزمه صوم جميع الأسبوع ، كما إذا عين الصلاة وقتاً له مزية كليلة القدر . . فإنه لا تجوز الصلاة في غيرها ويلزمه أن يصلي كل

وَمَنْ شَرَعَ فِي صَوْمِ نَفْلٍ ثُمَّ نَذَرَ إِتْمَامَهُ . . لَزِمَهُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَإِنْ نَذَرَ بَعْضَ يَوْمٍ . . لَمْ يَنْعَقِدْ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ يَوْمٌ . . . .

ليلة من ليالي العشر الأخير ؛ ليصادفها ، فإن لم يصل في ليالي العشر كلها . . لم يقضها إلا في مثله .

ويدل لأن آخر الأسبوع الجمعة ما روىٰ مسلم [٢٧٨٩] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « خلق الله التربة يوم السبت ، والجبال يوم الأحد ، والشجر يوم الإثنين ، والمكروه يوم الثلاثاء ، والنور يوم الأربعاء(١) ، وبث فيها الدواب يوم الخميس ، وخلق آدم بعد العصر يوم الجمعة في آخر ساعة منه » .

وقول الشاعر [من الطويل] :

ألـم تـر أن الـدهـر يـوم وليلـة يكـران مـن سبـت عليـك إلـىٰ سبـت
فقـل لجديـد الثـوب : لا بـد مـن بلـى وقل لاجتماع الشمل : لا بد من شت

وقال ابن سيده : أوله الأحد ، وقال المصنف في « التحرير » و« شرح المهذب »: سمي يوم الإثنين لأنه ثاني الأسبوع ، والخميس لأنه خامسه ، والصواب الأول .

قال : (**ومن شرع في صوم نفل ثم نذر إتمامه . . لزمه على الصحيح**) ؛ لأنه عبادة صحيحة يصح التزامها بالنذر .

والثاني : لا يصح ؛ لأنه نذر صوم بعض اليوم .

قال : (**وإن نذر بعض يوم . . لم ينعقد**) ؛ لأنه ليس بقربة .

قال : (**وقيل : يلزمه يوم**) ؛ لأنه قد ورد الأمر بإمساك بعض النهار كمن أصبح مفطراً يوم الشك ثم بان أنه من رمضان ، لـٰكن لا سبيل إلىٰ صيامه ؛ لأن صيام بعض اليوم غير معهود شرعاً ، فيلزمه يوم كامل ، وكذلك لو نذر أن يصلي بعض ركعة . . لم تنعقد على الأصح ، وقيل : يصح وتلزمه ركعة .

---

(١) في هامش (د) : (يوم الأربعاء معروف ، وفي بائه الحركات الثلاث ، والأشهر والأجود : الكسر ، وعن ابن الأعرابي : لا تك أربعاوياً ؛ أي : ممن يصوم الأربعاء وحده ، ويسمىٰ يوم الأربعاء : دُبَاراً بضم الدال وتخفيف الباء الموحدة ، ويجمع أربعاوات) .

أَوْ يَوْمَ قدُوم زَيْدٍ . . فَٱلأَظْهَرُ : ٱنْعِقَادُهُ ، فَإِنْ قَدِمَ لَيْلاً أَوْ يَوْمَ عِيدٍ أَوْ فِي رَمَضَانَ . . فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ ، أَوْ نَهَاراً وَهُوَ مُفْطِرٌ أَوْ صَائِمٌ قَضَاءً أَوْ نَذْراً . . وَجَبَ يَوْمٌ آخَرُ ، أَوْ وَهُوَ صَائِمٌ نَفْلاً . . فَكَذَلِكَ ، . . . .

أما لو نذر سجدة واحدة . . فالأصح : عدم الانعقاد ؛ لأنها ليست قربة ، ولو نذر بعض نسك . . ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو أحرم به ، وقد ذكره في زوائد « الروضة » هناك عن الروياني : أنه ينعقد بنسك كالطلاق ، قال : وفيه نظر .

ولو نذر بعض طواف . . ينبغي أن ينبني علىٰ أنه هل يصح التطوع بشوط علىٰ حدته ، والمنصوص في « الأم » : أنه يثاب عليه كما لو صلىٰ ركعة ولم يضف إليها أخرىٰ .

قال : (**أو يوم قدوم زيد . . فالأظهر : انعقاده**) ؛ لإمكان الوفاء به بأن يعلم قدومه غداً .

والثاني : لا ينعقد ؛ لتعذر الوفاء به ، لأنه إن قدم ليلاً . . فهو إنما نذر صوم اليوم ، فإن أراد باليوم الوقت . . فالليل لا يقبل الصوم ، وإن قدم نهاراً . . فالنية لم توجد من الليل ، ولا تجزئه نية من النهار ، وإذا لم يمكن الوفاء بالملتزم . . يلغو الالتزام .

قال : (**فإن قدم ليلاً أو في يوم عيد أو في رمضان . . فلا شيء عليه**) ؛ لأنها أوقات غير قابلة للصوم .

نعم ؛ يستحب أن يصوم من الغد أو يوماً آخر شكراً لله تعالىٰ .

قال : (**أو نهاراً وهو مفطر**) إما لعدم النية من الليل ، أو لتناول مفطر (**أو صائم قضاء أو نذراً . . وجب يوم آخر**) كما لو نذر صوم يوم معين ففاته .

واستحب الشافعي أن يعيد الصوم الواجب الذي هو فيه أيضاً ؛ لأنه بان أنه صائم يوماً مستحق الصوم لكونه يوم قدوم فلان .

ولو قدم نهاراً والناذر مفطر . . استحب له أن يمسك بقية يومه كالمسافر يقدم في رمضان مفطراً .

قال : (**أو وهو صائم نفلاً . . فكذلك**) ، فيلزمه يوم آخر عن نذره ؛ لأنه لم يأت

وَقِيلَ : يَجِبُ تَتْمِيمُهُ وَيَكْفِيهِ . وَلَوْ قَالَ : إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ ٱلْيَوْمِ ٱلتَّالِي لِيَوْمِ قُدُومِهِ ، وَإِنْ قَدِمَ عَمْرٌو فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ أَوَّلِ خَمِيسٍ بَعْدَهُ ، فَقَدِمَا فِي ٱلْأَرْبِعَاءِ . . وَجَبَ صَوْمُ ٱلْخَمِيسِ عَنْ أَوَّلِ ٱلنَّذْرَيْنِ وَيَقْضِي ٱلْآخَرَ .

فَصْلٌ :

نَذَرَ ٱلْمَشْيَ إِلَىٰ بَيْتِ ٱللهِ تَعَالَىٰ أَوْ إِتْيَانَهُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : وُجُوبُ إِتْيَانِهِ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ ، . . . .

بالواجب عليه بالنذر ، والنفل لا يقوم مقام الفرض ، هـٰذا هو المنصوص في «الأم» .

قال : (**وقيل : يجب تتميمه ويكفيه**) ، فيكون أوله تطوعاً وآخره فرضاً كمن دخل في صوم تطوع ثم نذر إتمامه .

قال : (**ولو قال : إن قدم زيد فلله علي صوم اليوم التالي ليوم قدومه ، وإن قدم عمرو فلله علي صوم أول خميس بعده ، فقدما في الأربعاء . . وجب صوم الخميس عن أول النذرين ويقضي الآخر**) ؛ لتعذر صومه ، بخلاف الأول ، وللبغوي احتمال في انعقاد النذر الثاني .

وقال في « شرح المهذب » : لو قال : إن قدم زيد فلله علي أن أصوم أمس يوم قدومه . . صح نذره على المذهب .

تتمة :

لو تبين للناذر أن فلاناً يقدم غداً فنوى الصوم من الليل . . فالأصح الإجزاء ، وخصه المتولي بما إذا قلنا : يلزم الصوم من أول اليوم ، فإن قلنا : يلزم من وقت القدوم . . لم يجزئه .

ولو نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً فقدم يوم الإثنين . . فهو كما لو نذر الأثاني كلها أبداً ، وقد تقدم حكمه .

قال : (**فصل :**

نذر المشي إلىٰ بيت الله تعالىٰ أو إتيانه . . فالمذهب : وجوب إتيانه بحج أو عمرة) ؛ لأن الله تعالىٰ أوجب قصده بنسك فلزم بالنذر كسائر القرب .

. . . .

واستدل الرافعي وغيره بما روى ابن عباس : أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلىٰ بيت الله ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تمشي بحج أو عمرة[١] .

ولأن مطلق كلام الناذر محمول علىٰ ما ثبت له أصل في الشرع ، فمن نذر أن يصلي . . تلزم الصلاة المعهودة لا الدعاء ؛ لأن قصد مكة في الشرع هو بالحج أو العمرة .

والمصنف تابع « المحرر » في التعبير ، وسنذكر مثله في قوله : (أمشي إلىٰ بيت الله) ، والمراد فيهما : إذا قال : بيت الله الحرام أو نواه ، ففي هٰذه الصور طريقان : المذهب الوجوب ، وقيل : قولان .

وكذا الحكم لو قال : آتي مكة أو زمزم أو الصفا أو مسجد الخيف أو منى أو مزدلفة أو مقام إبراهيم أو دار أبي جهل ، أو ذكر بقعة من الحرم . . لزمه القصد بنسك .

فلو قال : بيت الله ولم يقل الحرام ولا نواه . . فهي مسألة « التنبيه » التي أقره عليها المصنف ، والأظهر فيها : أنه لا ينعقد نذره ؛ لأن المساجد كلها بيوت الله ، وقيل : يلزمه ؛ لأن الإطلاق ينصرف إليه ، أما إذا نواه . . فهو كالتصريح به .

ووجوب إتيانه بحج أو عمرة في مسألة الكتاب هو المنصوص بناء على الحمل علىٰ واجب الشرع ، وإلا . . ففي لزوم ضم شيء آخر إليه[٢] وجهان : أصحهما : نعم .

وهل هو الصلاة أو النسك أو يتخير؟ فيه أوجه .

قال الإمام : ولو قيل يكفي الطواف لم يبعد .

ولو قال في نذره : أمشي إلىٰ بيت الله بلا حج ولا عمرة . . فالأصح انعقاد نذره ، ولو نذر المشي إلىٰ مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم أو المسجد الأقصىٰ . . فالأصح أنه لا يلزمه شيء ؛ لأنهما لا يقصدان بالنسك فأشبها سائر المساجد .

والثاني : يلزم ؛ لأن الرحال تشد إليهما .

---

(١) أصله في البخاري (١٨٦٦) ، ومسلم (١٦٤٤) ، وقال الحافظ في « التلخيص » (٤/ ١٧٨) : لم أجده هٰكذا .

(٢) في هامش (ص) : (أي : إلى الإتيان) .

فَإِنْ نَذَرَ ٱلإِتْيَانَ . . لَمْ يَلْزَمْهُ مَشْيٌ ، وَلَوْ نَذَرَ ٱلْمَشْيَ أَوْ أَنْ يَحُجَّ أَوْ يَعْتَمِرَ مَاشِياً . . فَٱلأَظْهَرُ : وُجُوبُ ٱلْمَشْيِ ، . . . .

وعلىٰ هـٰذا : ففي وجوب المشي وجهان : صحح الشيخان وجوبه ، والأصح في « المهمات » : عدمه ، وعليه[1] أيضاً : أنه لا بد من ضم عبادة إلى الإتيان على الأصح .

واختلفوا في ذلك ، فقيل : صلاة ركعتين ، وقال الإمام : ركعة ، وفي الاكتفاء بصلاة الفرض وجهان .

وقيل : يكفي الاعتكاف ولو ساعة ؛ لأنه أخص القرب بالمسجد ، وقيل : يتخير بنيهما ، وهو الأصح .

وأما الإتيان إلىٰ غير المساجد الثلاثة . . فلا يلزم بالنذر ، واختلف الشيخان في أعمال المطي إليها كالذهاب إلى قبور الصالحين وإلى المواضع الفاضلة ونحو ذلك ، فقال الشيخ أبو محمد : يحرم ، وهو الذي أشار القاضي عياض إلى اختياره ، والصحيح[2] : أنه لا يحرم ولا يكره .

ولو نذر المضي إلىٰ عرفات . . فالأصح : أنه إن نوىٰ بإتيانها التزام الحج وعبر عنه بشهود عرفة أو نوىٰ أن يأتيها محرماً . . انعقد نذره بالحج ، وإن لم ينو ذلك . . لم ينعقد .

قال : (**فإن نذر الإتيان . . لم يلزمه مشيٌ**) هـٰذا لا خلاف فيه ، وله أن يركب قطعاً[3] .

قال : (**ولو نذر المشي أو أن يحج أو يعتمر ماشياً . . فالأظهر : وجوب المشي**)

---

(١) في هامش (ص) : (أي : على الثاني) .
(٢) في هامش (ز) : (نسخة : والأصح) .
(٣) في هامش (د) : (من « شرح المهذب » [٨/٣٨٨] : فرع :
إذا نذر الحج حافياً . . لزمه الحج ولا يلزمه الحفاء ، بل له أن يلبس النعلين في الإحرام ، ويلبس قبل الإحرام النعلين والخفين وما يشاء ، ولا فدية بلا خلاف ؛ لأنه ليس بقربة ، ولا ينعقد نذره) .

وَإِنْ كَانَ قَالَ : أَحُجُّ مَاشِياً . . فَمِنْ حَيْثُ يُحْرِمُ ، وَإِنْ قَالَ : أَمْشِي إِلَىٰ بَيْتِ ٱللهِ تَعَالَىٰ . . فَمِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

هـٰذا مفرع علىٰ أن الحج راكباً أو ماشياً أفضل ، وفيه قولان : أصحهما ـ وصوبه المصنف ـ : الركوب ؛ اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنه حج راكباً ، رواه البخاري [١٥١٧] من رواية أنس ، ولأن فيه زيادة مؤنة وإنفاق في سبيل الله .

والثاني ـ وصححه الرافعي ـ : المشي ؛ لكثرة التعب ، ولما في « الصحيح » [م ١٢١١/١٢٦] عن عائشة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها : « أجرك علىٰ قدر نصبك » .

وفي قول أو وجه : أنهما سواء ؛ لتعارض المعنيين .

وقال ابن سريج : هما سواء ما لم يحرم ، فإذا أحرم . . كان المشي أفضل ؛ لما روى الحاكم عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من حج من مكة ماشياً حتىٰ يرجع إليها . . كتب له بكل خطوة سبع مئة حسنة من حسنات الحرم ، وحسنات الحرم : الحسنة بمئة ألف » لـٰكن ضعفه البيهقي [٣٣١/٤] .

وقال في « الإحياء » : من سهل عليه المشي . . فهو أفضل في حقه ، ومن صعب وساء خلقه لو مشىٰ . . فالركوب أفضل .

فإن قلنا : المشي أفضل . . لزم بالنذر ، وإن قلنا : الركوب أفضل أو سوينا . . لم يلزمه المشي بالنذر .

قال : (**وإن كان قال : أحج ماشياً . . فمن حيث يحرم**) سواء أحرم من الميقات أو من دونه ؛ لأنه التزم المشي في الحج وابتداؤه من الإحرام . وقيل : يلزمه من دويرة أهله ؛ للعادة ، فإن من قال : حججت ماشياً . . فهم منه المشي في جميع الطريق ، ولقول عمر : إتمام الحج والعمرة أن تحرم بهما من دويرة أهلك .

وقوله : أمشي حاجاً كقوله : أحج ماشياً على الصحيح .

وقيل : أمشي حاجاً يقتضي أن يمشي من مخرجه إلى الحج .

قال : (**وإن قال : أمشي إلىٰ بيت الله تعالىٰ . . فمن دويرة أهله في الأصح**) ؛ لأن ذلك مدلول لفظه .

والثاني : من الميقات ؛ لأن المقصود من الإتيان الحج أو العمرة .

قال : (**وإذا أوجبنا المشي فركب لعذر . . أجزأه**) هـٰذا لا خلاف فيه .

وفي « الصحيحين » [خ ١٨٦٥- م ١٦٤٢] عن عائشة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأىٰ رجلاً يهادىٰ بين رجلين ، فسأل عنه فقالوا : نذر أن يحج ماشياً ، فقال : « إن الله لغني عن تعذيب هـٰذا نفسه » وأمره أن يركب .

قال : (**وعليه دم في الأظهر**) ؛ لما روى البيهقي [١٠/ ٨٠] بإسناد ضعيف عن أبي هريرة قال : بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يسير في جوف الليل في ركب ؛ إذ أبصر بخيال قد نفرت منه إبلهم ، فأنزل رجلاً فنظر فإذا هو بامرأة عريانة ناقضة شعرها ، فقال : ما لك؟ قالت : نذرت أن أحج البيت ماشية عريانة ناقضة شعري ، وأنا أكمن النهار وأتنكب الطريق بالليل ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال : « ارجع إليها فمرها فلتلبس ثيابها ولتهرق دماً » .

وروىٰ أبو داوود [٣٢٨٨] عن ابن عباس قال : جاء رجل إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ؛ أختي نذرت أن تحج ماشية ، فقال صلى الله عليه وسلم : « إن الله لا يصنع بمشي أختك شيئاً ، فلتحج راكبة ولتكفر عن يمينها » .

وفي رواية : « ولتهد هدياً » [٣٢٩٠] وفي أخرىٰ : « ولتهد بدنة » [٣٢٨٩] وهـٰذا الحديث وحديث عقبة الآتي محمولان علىٰ أنهما عجزتا كما هو الغالب ، ولأن ما أوجب تركه الدم مع القدرة . . أوجبه مع العجز كسائر دماء النسك .

والثاني : لا دم عليه ، كما لو نذر الصلاة قائماً . . يصلي قاعداً للعجز .

وفرق الأول بأن الصلاة لا تجبر بالمال ، بخلاف الحج .

واحترز بقوله أولاً : (إذا أوجبنا المشي) عما إذا لم نوجبه . . فإنه لا يجبر تركه بدم ، والدم : شاة على الأصح ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ولتهد هدياً » ومطلق الهدي محمول عليها ، ولأنه ترفه بترك المشي فأشبه ما إذا ترفه باللبس والطيب .

وقيل : الدم بدنة ؛ لرواية : « ولتهد بدنة » .

أَوْ بِلاَ عُذْرٍ . . أَجْزَأَهُ عَلَى ٱلْمَشْهُورِ وَعَلَيْهِ دَمٌ . وَمَنْ نَذَرَ حَجّاً أَوْ عُمْرَةً . . لَزِمَهُ فِعْلُهُ بِنَفْسِهِ ، فَإِنْ كَانَ مَعْضُوباً . . ٱسْتَنَابَ . . . .

قال : (**أو بلا عذر . . أجزأه على المشهور**) ؛ لأنه أتىٰ بأصل الحج ولم يترك إلا هيئة ، فصار كترك الإحرام من الميقات أو من المبيت بمنى ، لـٰكنه يعصي بذلك ؛ لأنه ترك الواجب مع القدرة .

والثاني : لا يجزئه ؛ لأنه لم يأت بما التزم ، وهو قديم

فعلىٰ هـٰذا : لو مشىٰ في البعض . . قضىٰ ومشىٰ حيث ركب وركب حيث مشىٰ .

قال : (**وعليه دم**) ؛ لترفهه ، وهل الدم شاة أو بدنة؟ فيه القولان السابقان .

وفي وجه أو قول : لا دم ؛ لأنه إنما يجب بترك أبعاض النسك والمشي ليس من أبعاضه ، إنما هو صفة ، ثم في نهاية المشي في الحج وجهان :

أصحهما ـ وهو المنصوص ـ : أنه بفراغه من التحللين ؛ لأنه بذلك خرج عن الإحرام .

والثاني : بالتحلل الأول ؛ لأنه فارق اسم الحج المطلق ، ويباح له اللبس وغيره .

ولما لم يكن للعمرة إلا تحلل واحد ـ وهو فراغها ـ لزمه المشي إليه قولاً واحداً ، ولا خلاف في جواز ترك المشي لرمي أيام التشريق .

وما وقع في « التنبيه » من توقفه على الرمي وهم ، قاله في « شرح المهذب » .

ويستثنىٰ من التوقف على التحللين ما لو فسد الحج ، وظاهر كلام الرافعي : أن الأصح جواز الركوب ؛ لأن الإفساد أخرجها عن وقوعها عن النذر ، ويستأنف عنها حجة ويمشي فيها .

ولو نذر الحج حافياً . . لزمه الحج ولا يلزمه الحفاء ، بل له أن يلبس النعلين في الإحرام ، ولا فدية عليه بلا خلاف ؛ لأنه ليس بقربة .

قال في « المهمات » : وينبغي أن يلزمه الحفاء في الموضع الذي يستحب فيه ، وهو عند دخول مكة .

قال : (**ومن نذر حجاً أو عمرة . . لزمه فعله بنفسه ، فإن كان معضوباً . . استناب**) ؛ حملاً له علىٰ واجب الشرع .

وَيُسْتَحَبُّ تَعْجِيلُهُ فِي أَوَّلِ ٱلإِمْكَانِ ، فَإِنْ تَمَكَّنَ فَأَخَّرَ فَمَاتَ . . حُجَّ مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ نَذَرَ ٱلْحَجَّ عَامَهُ وَأَمْكَنَهُ . . لَزِمَهُ ـ فَإِنْ مَنَعَهُ مَرَضٌ . . وَجَبَ ٱلْقَضَاءُ ، . . . .

قال في « الدقائق » : قوله : (استناب) يتناول الاستنابة بأجرة أو جعل أو تبرع ، وهي مراد « المحرر » وإن لم يصرح بالتبرع .

قال : (**ويستحب تعجيله في أول**) سني (**الإمكان**) ؛ مبادرة لبراءة الذمة ، فإذا خشي العضب . . لزمته المبادرة أيضاً كما تقدم في حجة الإسلام .

ولو نذر المعضوب أن يحج بنفسه . . لم ينعقد نذره ، وإن نذر أن يحج من ماله أو أطلق . . انعقد .

قال : (**فإن تمكن فأخّر فمات . . حُج من ماله**) كحجة الإسلام .

واحترز عما إذا مات قبل الإمكان . . فلا شيء عليه ، قال في « شرح المهذب » : ولا خلاف فيه .

قال : (**وإن نذر الحج عامه وأمكنه . . لزمه**) أي : في ذلك العام على الصحيح في تعيين الزمان في العبادات ، فلا يجوز تقديمه عليه كالصوم .

وفي « الحاوي » وجه : أنه يجوز كما يجوز تقديم حجة الإسلام قبل وجوبها .

واحترز بقوله : (عامه) عما إذا لم يقيده بعامه . . فيلزمه لـٰكن في أي عام شاء ، وبقوله : (وأمكنه) عما إذا نذر حج السنة ولا زمان يسع الاتيان به ، والأصح : لا ينعقد ؛ لتعذر اللزوم .

وقيل : ينعقد ، ويقضي في سنة أخرىٰ .

هـٰذا فيمن حج ، فإن لم يكن . . فإنه يقدم حجة الإسلام ، ولو قدم النذر . . وقعت عن حجة الإسلام كما تقدم في (كتاب الحج) .

قال : (**فإن منعه مرض . . وجب القضاء**) كما لو نذر صوم سنة معينة فأفطر فيها لعذر المرض . . فإنه يقضي .

هـٰذا إذا منعه بعد الإحرام ، فإن منعه قبله . . فلا ، قاله المتولي ؛ لأن المنذور حج في تلك السنة ولم يقدر عليه .

أَوْ عَدُوٌّ . . فَلاَ فِي ٱلأَظْهَرِ ـ أَوْ صَلاَةً أَوْ صَوْماً فِي وَقْتٍ فَمَنَعَهُ مَرَضٌ أَوْ عَدُوٌّ . . وَجَبَ ٱلْقَضَاءُ ، . . . .

والنسيان وخطأ الطريق والضلال كالمرض .

قال : (**أو عدو . . فلا في الأظهر**) كما في حجة الإسلام إذا صد عنها في أول سني الإمكان . . لا يجب قضاؤها ، ويفارق المرضَ لاختصاصه بجواز التحلل به من غير شرط ، بخلاف المرض .

والقول الثاني : يجب ، ومنهم من قطع به ، ويجريان فيما لو منعه سلطان أو رب الدين وهو لا يقدر علىٰ أدائه ، وفي الحصر العام والخاص اختلاف منتشر .

ومنع العدو لا فرق فيه بين أن يكون قبل الإحرام أو بعده .

فروع :

نذر القران فأفرد أو تمتع . . فقد أتىٰ بالأفضل ؛ ليخرج عن نذره ، كذا قاله الشيخان .

وأفاد في « المهمات » : أن الدم لا يسقط عنه بعدوله إلى الإفراد .

ولو نذر أن يحرم بالحج من شوال أو من بلد كذا . . لزمه في الأصح ، كذا ذكره الرافعي والمصنف هنا ، وجزما في الحج بأنه لا يتعين الزمان .

ولو نذر أن يزور النبي صلى الله عليه وسلم . . قال ابن كَج : عندي أنه يلزمه الوفاء به وجهاً واحداً ، قال : ولو نذر أن يزور غيره . . فوجهان .

ولو نذر ستر الكعبة أو تطييبها . . لزمه ذلك ، بخلاف سائر المساجد .

قال الشيخ عز الدين : وحكم مشاهد العلماء والصلحاء كضريح الشافعي وذي النون المصري حكم البيوت لا المساجد .

قال : (**أو صلاة أو صوماً في وقت فمنعه مرض أو عدو . . وجب القضاء**) ؛ لأن الواجب بالنذر كالواجب بالشرع ، وقد تجب الصلاة والصوم مع العجز فلزما بالنذر ، والحج لا يجب إلا عند الاستطاعة ، والاعتكاف كالصوم والصلاة .

أَوْ هَدْياً . . لَزِمَهُ حَمْلُهُ إِلَىٰ مَكَّةَ وَٱلتَّصَدُّقُ بِهِ عَلَىٰ مَنْ بِهَا ، . . . .

وتعبيره بـ(القضاء) يقتضي تعيين المذكورات في الوقت المعين بالنذر ، وهو الذي صححه في « الروضة » في (الصوم) وقال : الخلاف يجري في الصلاة أيضاً ، لٰكنه في (باب الاعتكاف) جزم في الصلاة بعدم التعيين ، وهو تابع للرافعي في جميع ذلك .

قال : (**أو هدياً**) أي : نذر أن يهدي شيئاً معيناً إلى الحرم (. . **لزمه حمله إلىٰ مكة**) أي : عند الإمكان ؛ لأنها محل الهدي وإن لم يسمها ولا نواها لقوله تعالىٰ : ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ وقيل : لا يلزمه حمله إليها إذا لم يصرح بها ؛ حملاً علىٰ أقل واجب الشرع ، فإن دم الإحصار يجزىء في غير الحرم .

واقتضىٰ كلامه تعين النعم ، وهو الأظهر ؛ لأن اسم الهدي عند الإطلاق ينصرف إليه ، ولا بد أن يكون بصفة الأضحية ؛ لأنا سلكنا به مسلك الواجب .

وقوله : (لزمه حمله) يعلم منه أن مؤنة حمله عليه ، وكذلك علف الحيوان كما صرح به الماوردي ؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به . . فهو واجب ، وهٰذا بخلاف ما لو قال : جعلت هٰذا هدياً إلى الكعبة . . لا تلزمه المؤنة ، بل يباع بعضه فيها ، قاله الفوراني وغيره .

قال الرافعي : وأطلق مطلقون أن المؤن في ماله ، فإن لم يكن له مال . . بيع بعضه في المؤنة .

قال : (**والتصدق به علىٰ من بها**) غريباً كان أو مستوطناً ، سواء في ذلك الفقير والمسكين .

ثم إذا حصل المنذور في الحرم ، فإن كان حيواناً يجزىء في الأضحية . . وجب ذبحه وتفرقته عليهم ، والأصح : تعين الحرم لذبحه كما تقدم في (محرمات الإحرام) .

وإن كان من غير النعم كالظباء أو لا تجزىء في الأضحية . . لم يلزمه ذبحه في الأصح ، بل يتصدق به حياً ؛ لأن الذبح ينقصه ، فلو ذبحه تصدق باللحم وغرم ما نقص بالذبح .

. . . .

وإن كان غير حيوان . . تصدق به ، فإن عسر التصدق به كاللؤلؤ والطيب والثوب الواحد . . باعه وفرق ثمنه عليهم .

وإن نوىٰ أن يخص به الكعبة . . اختص بها ، فإن كان شمعاً . . أشعله فيها ، أو دهناً . . جعله لمصابيحها ، وإن كان متاعاً لا يستعمل فيها . . باعه وصرف ثمنه في مصالحها ، وإن لم يمكن نقله كالعقار . . باعه ونقل ثمنه ؛ فإن ابن عمر سئل عن امرأة نذرت أن تهدي داراً فقال : (تبيعها وتتصدق بثمنها علىٰ فقراء الحرم) .

ولو تلف المنذور المعين في يده كما لو كانت بقرة فماتت . . فالأصح : لا ضمان .

فروع :

من نذر الهدي وأطلق . . لزمه الجذع من الضأن ، أو الثني من المعز والإبل والبقر .

وإن نذر بدنة في الذمة . . لزمه ، فإن لم يجدها . . أخرج بقرة ، فإن فقدها . . فسبع من الغنم .

ويستحب لمن أهدىٰ شيئاً من البدن أن يشعرها بحديدة في صفحة سنامها اليمين ، وأن يقلدها حزب القرب[1] ونحوها من الخيوط المفتولة والجلود ، ويقلد البقر والغنم ولا يشعرها .

وصوب المصنف إشعار البقر .

فإن عطب منها شيء قبل المحل . . نحره حتماً في المنذور وندباً في غيره وغمس نعله في دمه وضرب به صفحة سنامه وخلىٰ بينه وبين المساكين .

والذين يباح لهم الأكل من الواجب هم فقراء الركب والقافلة ، وأما فقراء رفقته المختصين به . . فالأصح : تحريمه عليهم .

---

(١) في (ز) : (خرز المعدن) . وفي (ص) : (حزب العرب) .

أَوِ ٱلتَّصَدُّقَ عَلَىٰ أَهْلِ بَلَدٍ مُعَيَّنٍ . . لَزِمَهُ ، أَوْ صَوْماً فِي بَلَدٍ . . لَمْ يَتَعَيَّنْ ، وَكَذَا صَلاَةٌ إِلاَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ ، . . . .

قال : (**أو التصدق علىٰ أهل بلد معين . . لزمه**) سواء مكة وغيرها ، وهـٰذا تفريع علىٰ منع نقل الزكاة .

ومقتضىٰ كلامه : أنه لا فرق بين أهل الذمة والمسلمين والأغنياء والفقراء ، وليس كذلك ؛ فقد نص في « الأم » علىٰ تخصيصه بالمساكين ، وصرح القاضي حسين والمروروذي والماوردي في « الإقناع » بأنه لا يجوز وضع المنذور في أهل الذمة .

قال : (**أو صوماً في بلد . . لم يتعين**) أي : ذلك البلد ، بل يلزمه الصوم ويصوم حيث شاء ، كما أن الصوم الذي هو بدل واجبات الإحرام لا يختص بالحرم .

وقيل : يتعين كالصلاة ، ومال إليه الشيخ أبو زيد ، ففي « سنن ابن ماجه » [٣١١٧] : « من أدرك رمضان بمكة فصامه وقام فيه ما تيسر . . كتب له بمئة ألف شهر رمضان فيما سواه » .

وألحق به ابن سراقة في « التلقين » نذر العتق .

وقال الشيخ زين الدين بن الكتناني : إن جميع القرب كذلك ، فإذا نذر حسنة بالحرم . . وجب فعلها فيه ؛ لأن الحسنة فيه بمئة ألف حسنة ، والتضعيف قربة .

قال : (**وكذا صلاة**) أي : إذا نذرها في بلد . . لا يتعين ؛ لأنها لا تختلف باختلاف البقاع ، هـٰذا هو المشهور .

وقيل : يتعين ، وقيل : إن عين الجامع . . تعين ، حكاهما في « الذخائر » .

وإطلاق المصنف محمول علىٰ صلاة النفل ، فلو نذر صلاة الفرض في المسجد . . ففي « الوسيط » : أنه يلزمه ، فإن صلىٰ في مسجد أكثر منه جماعة . . جاز .

قال : (**إلا المسجد الحرام**) فيتعين بالنذر ؛ لعظم فضله ، وصح : أن الصلاة فيه بمئة ألف صلاة ، رواه أحمد [٣/٣٤٣] وغيره .

والمراد بـ(المسجد الحرام) : جميع الحرم لا موضع الطواف فقط ؛ فإن حرم مكة كمسجدها في المضاعفة كما جزم به الماوردي وتبعه المصنف في « مناسكه » ،

وَفِي قَوْلٍ : وَمَسْجِدَ ٱلْمَدِينَةِ وَٱلأَقْصَىٰ . قُلْتُ : ٱلأَظْهَرُ : تَعْيِينُهُمَا كَالْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

وجزم صاحب « الحاوي الصغير » بأن غير المسجد من الحرم كالمسجد في تعينه للصلاة ، وبه جزم الماوردي في مساجد الحرم كمسجد الخيف .

قال : (**وفي قول : ومسجد المدينة والأقصىٰ**) ؛ لأنهما مسجدان تشد الرحال إليهما كما تقدم فتعينا بالنذر كالمسجد الحرام ، لا جرم رجحه المصنف فقال :

(**قلت : الأظهر : تعيينهما كالمسجد الحرام والله أعلم**) هو نصه في « البويطي » ، وقطع به المراوزة .

وروى ابن ماجه [١٤٠٧] عن ميمونة مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنها قالت : قلت : يا رسول الله ؛ أفتنا في البيت المقدس ، قال : « أرض المحشر والمنشر ، ايتوه فصلوا فيه ؛ فإن الصلاة فيه كألف صلاة في غيره » .

والقول الثاني : لا يتعين ؛ لما روىٰ أبو داوود [٣٢٩٨] والحاكم [٣٠٤/٤] والبيهقي [٨٢/١٠] عن جابر : أن رجلاً قام يوم الفتح فقال : يا رسول الله ؛ إني نذرت لله إن فتح الله عليك أن أصلي في بيت المقدس ركعتين ، فقال : « صل هٰهنا » ثم أعاد فقال : « صل هٰهنا » ثم أعاد عليه فقال : « شأنك إذن » .

وهٰذا مبني علىٰ أنه إذا نذر الإتيان إليهما . . لا يلزمه كما صححه العراقيون والروياني ، وهل تقوم الصلاة في أحدهما مقام الصلاة في الآخر؟ فيه أوجه ، والصواب في « الروضة » ـ ونص عليه في « البويطي » ـ : أنه يقوم مسجد المدينة مقام الأقصىٰ دون العكس ؛ لحديث جابر المذكور ، وجميع هٰذا تقدم في (باب الاعتكاف) .

وينبغي أن يلتحق بالمساجد الثلاثة في التعيين مسجد قباء ؛ ففي « الصحيحين » [خ ١١٩٤ـ م ٥١٦/١٣٩٩] : (أنه صلى الله عليه وسلم كان يأتيه راكباً وماشياً فيصلي فيه ركعتين) .

وروى الترمذي [٣٢٤] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ركعتان فيه كعمرة » .

وذكر الإمام أنه لو قال : أصلي في مسجد المدينة ، فصلىٰ في غيره ألف صلاة . . لم يخرج عن نذره ، كما لو نذر الألف صلاة . . لا يخرج عن نذره بصلاة واحدة في مسجد المدينة ، وأن شيخه كان يقول : لو نذر صلاة في الكعبة فصلىٰ في أطراف المسجد . . خرج عن نذره .

قال : (**أو صوماً مطلقاً**) أي : من غير تعرض لعدد بلفظ ولا نية (. . **فيوم**) ؛ لأن الصوم اسم جنس يقع على القليل والكثير ، والمتيقن يوم فلا تلزمه زيادة عليه .

قال الصيمري : ولا نعلم فيه خلافاً ، والظاهر أنه لو قال : صوماً كثيراً أو طويلاً أو عريضاً . . لا يلزمه أكثر من يوم .

قال في « الروضة » : ولو قال : أصوم دهراً أو حيناً . . كفاه يوم .

واستشكل ابن الصلاح ـ تبعاً للماوردي والروياني ـ الاكتفاء بيوم وقال : ينبغي أن لا يكتفىٰ به إذا حملنا النذر علىٰ واجب الشرع ؛ فإن أقل ما وجب بالشرع صيام ثلاثة أيام .

وحاول ابن الرفعة دفع هـٰذا الإشكال فقال : لا نسلم أنه أقل صوم وجب بالشرع ابتداء ، ولئن سلمنا أن ذلك يشمل ما وجب بإيجاب الشرع ابتداء أو بسبب من المكلف . . فصوم يوم فقط يجب بالشرع في جزاء الصيد ، وعند إفاقة المجنون وبلوغ الصبي قبل طلوع الفجر آخر يوم من رمضان .

والعجب من المعترض والمجيب ، فإن أقل صوم واجب بالشرع ابتداء يوم فإن رمضان ثلاثون عبادة بدليل وجوب النية كل ليلة ، وأن بعضه لا يفسد بفساد بعض .

وعند مالك : جميعه عبادة واحدة فتكفي له نية واحدة ، ومن يقرر هـٰذا الأصل كيف ينكر ما تقدم .

قال : (**أو أياماً . . فثلاثة**) ؛ لأنها أقل الجمع ، ويحتمل مجيء وجه بيومين بناء علىٰ أنهما الأقل .

ويجب التبييت في النية لصوم النذر على الأصح بناء علىٰ أنه يسلك به مسلك واجب الشرع، وصحح في «شرح المهذب» الجزم به سواء سلكنا به مسلكاً الواجب أو الجائز .

أَوْ صَدَقَةً . . فَبِمَا [كَانَ ،] أَوْ صَلاَةً . . فَرَكْعَتَانِ ، وَفِي قَوْلٍ : رَكْعَةٌ ، . . . . . .

فرع :

نذر صوم رمضان في السفر . . فالأصح عدم انعقاده ؛ لأنه التزام يبطل رخصة الشرع .

والخلاف جار فيمن نذر إتمام الصلاة في السفر إذا قلنا : الإتمام أفضل ، وفيمن نذر القيام في النوافل ، أو استيعاب الرأس بالمسح ، أو تثليث الطهارة ، أو أن يسجد للتلاوة أو الشكر عند مقتضيها ، وصحح « الحاوي الصغير » في الأولين الانعقاد .

ولو نذر اعتكافاً . . قال المتولي : كفاه أقل شيء ، ويندب أن يتمه يوماً .

قال : (**أو صدقة . . فبما [كان]**) ينطلق عليه الاسم مما يتمول ولا يتقدر بخمسة دراهم ولا بنصف دينار وإن حملنا المطلق على الواجب من جنسه .

فإن قيل : لم يختلفوا هنا في الاكتفاء بما ينطلق عليه الاسم ، وإذا قال : لله علي هدي . . ففي إجزاء ما يقع عليه الاسم قولان . . فالجواب : أن الصدقة يتصور وجوب القليل فيها كالواجب في أحد الخلطاء ، فلهـٰذا اختص به ، وأما أقل الهدي . . فلا يتصور وجوبه .

فروع :

نذر التصدق بمال عظيم . . قال القاضي أبو الطيب في (باب الإقرار) : لا يتقدر بشي ، قال : ورأيت بعضهم يوجب فيه مئتي درهم ، وقد تقدم ما في ذلك في (باب الإقرار) .

ولو قال : إن شفى الله مريضي فلله علي أن أتصدق بشيء . . صح نذره ، ويتصدق بما شاء من قليل وكثير .

ولو قال : فعلي ألف ولم يعين شيئاً باللفظ ولا بالنية . . لم يلزمه شيء .

قال : (**أو صلاة . . فركعتان**) ؛ حملاً علىٰ أقل واجب الشرع .

قال : (**وفي قول : ركعة**) ؛ حملاً علىٰ جائزه ، فلا يكفيه سجود التلاوة والشكر ؛

فَعَلَى ٱلأَوَّلِ : يَجِبُ ٱلْقِيَامُ فِيهِمَا مَعَ ٱلْقُدْرَةِ ، وَعَلَى ٱلثَّانِي : لاَ . أَوْ عِتْقاً . . فَعَلَى ٱلأَوَّلِ : رَقَبَةُ كَفَّارَةٍ ، وَعَلَى ٱلثَّانِي : رَقَبَةٌ . قُلْتُ : ٱلثَّانِي هُنَا أَظْهَرُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

لأن ذلك لا يسمىٰ صلاة ، والقولان مأخوذان من معاني كلام الشافعي ، ولم يستثنىٰ من المرجح إلا مسألة الإعتاق ، وقال المصنف في (باب الرجعة) : المختار : أنه لا يطلق ترجيح واحد من القولين ، بل يختلف الراجح منهما بحسب المسائل ؛ لظهور دليل أحد الطرفين في بعضها وعكسه في بعض ، وكذلك الخلاف في الرجعة والإبراء .

وبين في « المهمات » أن لفظ (المختار) في « الروضة » بمعنى الأصح والراجح .

قال : (**فعلى الأول : يجب القيام فيهما مع القدرة**) ؛ لأنا ألحقناه بواجب الشرع .

[قال] : (**وعلى الثاني : لا**) ؛ إلحاقاً بجائزه ، ولو نذر أن يصلي قاعداً . . قال في « الروضة » : جاز أن يقعد ، وإن صلىٰ قائماً . . فقد أتىٰ بالأفضل ، وقال بعد ثلاثة أوراق : يلزمه القيام ، ووقع الموضعان كذلك في « الشرح الصغير » أيضاً .

قال : (**أو عتقاً . . فعلى الأول : رقبة كفارة**) وهي السليمة المؤمنة ؛ حملاً على الواجب .

قال : (**وعلى الثاني : رقبة**) ولو كافرة ؛ لوقوع الاسم .

قال : (**قلت : الثاني هنا أظهر والله أعلم**) ، وقال في « الروضة » : صححه الأكثرون ، وهو الراجح في الدليل . اهـ

وهو المنصوص في « الأم » ، ولم يحك ابن خيران في « اللطيف » عن الشافعي غيره .

تنبيه :

قال في « التحرير » : قول « التنبيه » : (أو عتقاً) كلام صحيح ، ولا التفات إلىٰ

أَوْ عِتْقَ كَافِرَةٍ أَوْ مَعِيبَةٍ . . أَجْزَأَهُ كَامِلَةٌ ، فَإِنْ عَيَّنَ نَاقِصَةً . . تَعَيَّنَتْ ، أَوْ صَلاَةً قَائِماً . . لَمْ يَجُزْ قَاعِداً ، بِخِلاَفِ عَكْسِهِ ، أَوْ طُولَ قِرَاءَةِ ٱلصَّلاَةِ ، أَوْ سُورَةً مُعَيَّنَةً ، أَوِ ٱلْجَمَاعَةَ . . لَزِمَهُ . . . .

من أنكره لجهله ، ولـٰكن لو قيل : إعتاق . . كان أحسن ، والعجب أن عبارة « المحرر » إعتاقاً ، فغيرها بخلاف الأحسن .

قال : (**أو عتق كافرة أو معيبة . . أجزأه كاملة**) ؛ لإتيانه بما هو أفضل .

قال : (**فإن عين ناقصة . . تعينت**) ؛ لتعلق النذر بعينها ، ولم يجز غيرها .

فروع :

لا يصح بيع العبد المنذور إعتاقه ، كما لا يصح بيع أم الولد ، وقد تقدمت الإشارة إليه في (شروط المبيع) .

ولو قال : لله علي أن أعتق هـٰذا العبد وكان ملك غيره فملكه يوماً . . لا يلزمه عتقه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا نذر فيما لا يملك ابن آدم » .

ولو قال : لله علي أن أعتق هـٰذا العبد الكافر . . لا يصح ؛ لأنه جعل الكفر صفة ، ولو قال : هـٰذا العبد ، وكان كافراً . . صح كنظيره من الوقف .

وفي « فتاوى القاضي حسين » : لو قالت امرأة كان يموت لها أولاد : إن عاش لي ولد فلله علي عتق رقبة . . فشرط لزوم العتق أن يعيش لها ولد أكثر مما عاش أولادها الموتىٰ وإن قلت تلك الزيادة ، وقال أبو عاصم العبادي : متىٰ ولدت حياً لزمها العتق وإن لم يعش أكثر من ساعة ، قال المصنف : والأول أصح .

قال : (**أو صلاة قائماً . . لم يجز قاعداً**) ؛ لأنه دون ما التزم .

قال : (**بخلاف عكسه**) ؛ لإتيانه بالأفضل ، وفي المسألة بسط في « المهمات » .

قال : (**أو طول قراءة الصلاة ، أو سورة معينة ، أو الجماعة . . لزمه**) ؛ لأن ذلك طاعة ، ومحل الجزم بذلك في الصلاة الملتزمة بالنذر ، أما لو أفرد الصفة بالالتزام والأصل واجب كتطويل القراءة والركوع والسجود في الفرائض ، وكقراءة سورة كذا في الصبح مثلاً أو أن يصليها في جماعة . . فالأصح اللزوم أيضاً .

وَٱلصَّحِيحُ : ٱنْعِقَادُ ٱلنَّذْرِ بِكُلِّ قُرْبَةٍ لاَ تَجِبُ ٱبْتِدَاءً كَعِيَادَةٍ ، وَتَشْيِيعِ جَنَازَةٍ ، وَٱلسَّلاَمِ .

وقيل : لا تتغير عن وصفها ويجريان في نذر الوتر وسائر الرواتب ، فلو نذر الجماعة في الفريضة فصلاها منفرداً . . قال القاضي أبو الطيب : لا يلزمه أن يعيدها في جماعة ؛ لأن الفرض سقط فسقط النذر ، بخلاف ما لو نذر ركعتين جماعة فصلاهما منفرداً . . فإنه لا يجزئه .

قال صاحب « التقريب » : ولو نذر أن يصلي صلاتين . . لم يخرج عن نذره بأربع ركعات بتسليمة واحدة .

قال : (**والصحيح : انعقاد النذر بكل قربة لا تجب ابتداء**) المراد القربات التي لم تشرع لكونها عبادة ، وإنما هي : أعمال وأخلاق مستحسنة رغب الشرع فيها لعظم فائدتها ، وقد يبتغىٰ بها وجه الله تعالىٰ فينال الثواب فيها .

قال : (**كعيادة ، وتشييع جنازة ، والسلام**) ؛ لأن ذلك من حق المسلم على المسلم .

ومن ذلك زيارة القادمين بقصد القربة ، وتشميت العاطس ، فكلها تلزم بالنذر على الأصح .

والثاني : المنع ؛ لأنها ليست علىٰ أوضاع العبادات .

وشملت عبارته فعل المكتوبة أول الوقت ، وصلاة الفجر ، وقيام الليل ، والتراويح ، وتحية المسجد وركعتي الإحرام والطواف إذا لم نوجبها .

ولو نذر تأجيل الدين بأن قال : إن شفى الله مريضي فلا أطالب فلاناً بديني سنة . . ففيه الوجهان ، حكاه في « البحر » في (باب بيع اللحم بالحيوان) .

وطردهما الماوردي فيما لو قال : لله علي أن أتزوج ، وقصد به غض البصر وتحصين الفرج ، قال : فإن قصد الاستمتاع . . لم يجب قطعاً .

واحترز بقوله : (لا تجب ابتداء) عن الصلاة والصوم والحج والعتق فيلزم بالنذر ، وزاد القاضي حسين في الضابط : أن لا يكون فيه إبطال رخصة ؛ ليخرج

. . . .

ما إذا نذر أن لا يفطر في السفر في شهر رمضان . . فلا ينعقد نذره كما تقدم ، لـٰكن يرد على الضابط صور :

منها : إذا قال : إن شفى الله مريضي فلله علي أن أعجل زكاة مالي . . فالأصح في زوائد « الروضة » عدم الانعقاد .

ومنها : لو نذر الاعتكاف صائماً . . فإنه يلزمه الأمران قطعاً .

ومنها : لو نذر قراءة (الفاتحة) إذا عطس . . قال القاضي في « فتاويه » : إن كان به علة ونوىٰ شفاءه في العطاس . . انعقد نذره بلا خلاف ، وإن لم تكن به علة . . فعندي ينعقد نذره أيضاً .

قال : ولو عطس هـٰذا الناذر في ركوع أو سجود . . فعليه أن يقرأ الفاتحة بعد صلاته ، فإن عطس في القيام . . قرأها في الحال ؛ لأن تكرير الفاتحة في الصلاة لا يبطلها .

قال : ولو نذر أن يحمد الله عقب شرب الماء . . انعقد نذره .

وقول المصنف : (والسلام) أجود من قول « المحرر » : السلام على الغير ؛ لأنه يوهم الاحتراز عن السلام علىٰ نفسه عند دخوله بيتاً خالياً ، ولا يصح الاحتراز عنه ؛ فإنهما سواء ، كذا قاله في « الدقائق » .

تتمة :

نذر أن يتوضأ أو يغتسل لكل صلاة . . قال المتولي : ينعقد نذره ، ولا يخرج عنه بالوضوء عن حدث ، بل بالتجديد ، والذي جزم به من الانعقاد جزم به القاضي حسين ، وحكىٰ في « التهذيب » وجهاً ضعيفاً : أنه لا يلزم ، والمراد بالتجديد الذي يخرج به عنه : التجديد المشروع ، وهو أن يكون صلىٰ بالأول صلاةً ما على الأصح .

* * *

. . . .

خاتمة

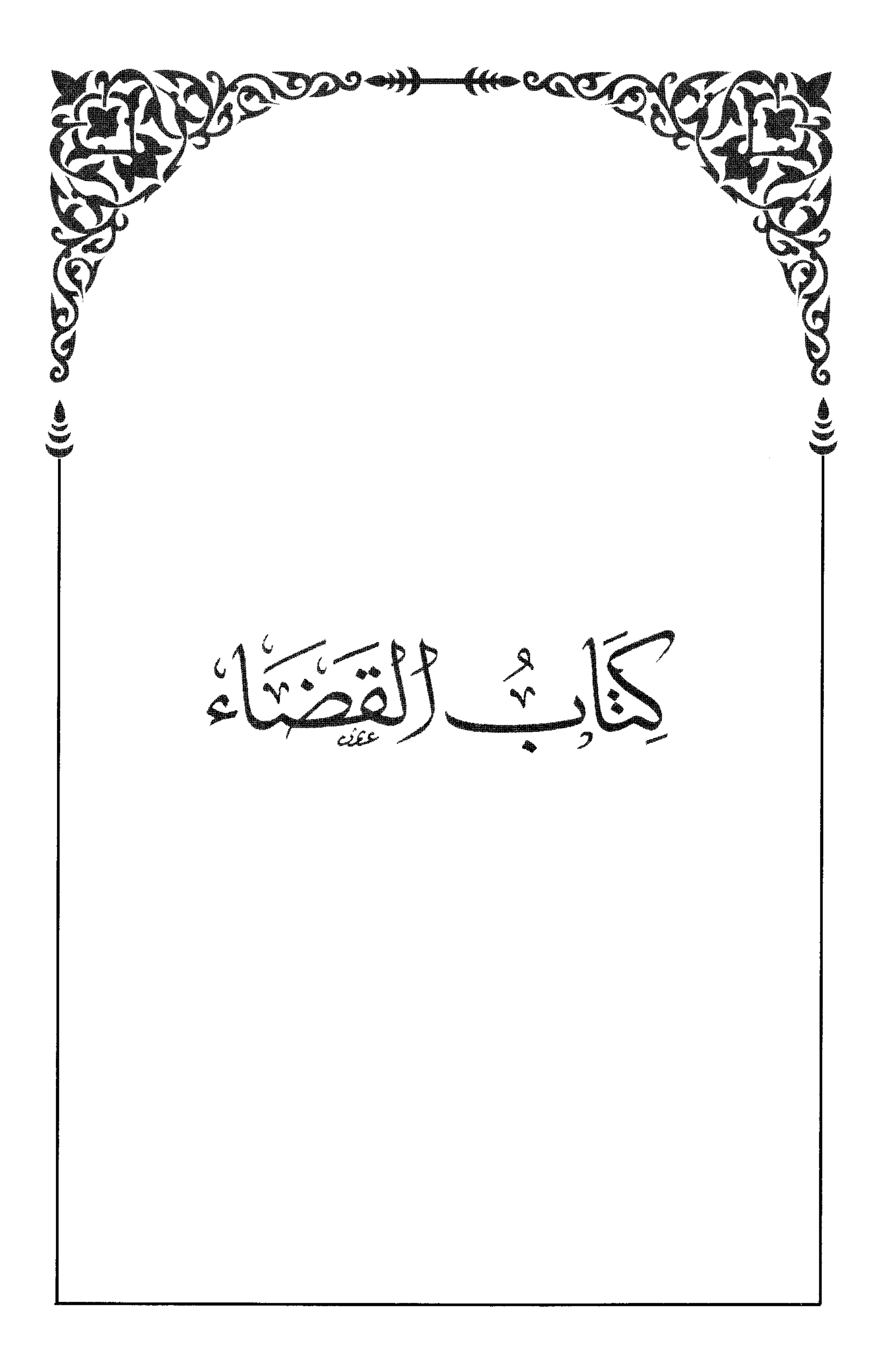
في « فتاوى القفال » : لو قال : إن شفى الله مريضي فلله علي أن أشتري بدرهم خبزاً وأتصدق به . . لا يلزمه الشراء إذا شفي ، ويكفيه أن يتصدق بخبز قيمته درهم .

ومن نذر كسوة يتيم . . وجب ثوب واحد قميص أو إزار كما في كسوة الكفارة ، وقال بعضهم : لا يخرج عن نذره باليتيم الذمي ؛ لأن مطلقه في الشرع المسلم ، وقال المصنف : ينبغي أن يكون فيه خلاف مبني علىٰ أنه يسلك به مسلك واجب الشرع أم جائزه كما لو نذر إعتاق رقبة .

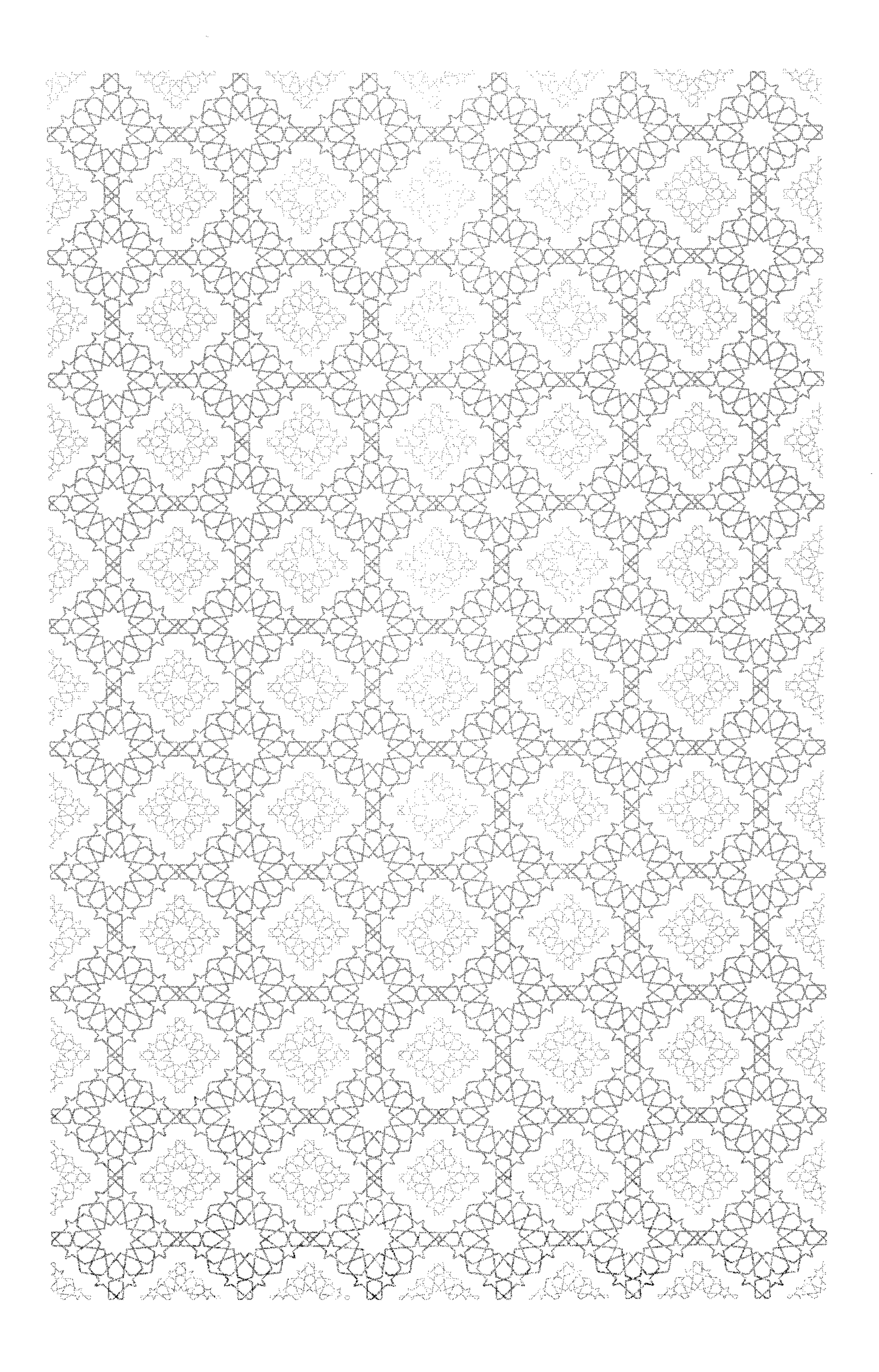
ولو نذر زيتاً أو شمعاً ونحوه ليسرج في المسجد ونحوه ، فإن كان ينتفع به ـ ولو على الندور ـ مصلٍ هناك أو من يقرأ على القبر أو غيرهما . . صح ولزمه الوفاء به ، وإن كان يغلق ولا يتمكن أحد من دخوله والانتفاع به . . لم يصح ، وإن وقد على القبر خاصة . . لم يصح ، فإن حصل شيء منه . . رد إلىٰ مالكه ، وإلىٰ وارثه بعده ، فإن جهل . . صرف في مصالح المسلمين .

وقال الشيخ عز الدين : المهدىٰ إلى المساجد من زيت وشمع إن صرح بأنه نذر . . وجب صرفه إلىٰ جهة النذر ولا يجوز بيعه وإن أفرط في الكثرة ، وإن صرح بأنه تبرع . . لم يجز التصرف فيه إلا علىٰ وفق إذنه ، وهو باق علىٰ ملكه ، فإن طالت المدة وعرف أن باذله مات . . فقد بطل إذنه ووجب رده إلىٰ وارثه ، فإن لم يعرف له وارث صرف في مصالح المسلمين ، وإن لم يعرف قصد المهدي . . أجري عليه أحكام المنذور التي تقدمت ، أو يصرف في مصالح المسلمين .

* * *



كِتَابُ القَضَاءِ



كِتَابُ ٱلْقَضَاءِ

. . . .

كتاب القضاء

هو بالمد : الولاية المعروفة ، وجمعه أقضية كغطاء وأغطية ورداء وأردية[١] .

قال عمر بن عبد العزيز : يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور .

وهو في الأصل : إحكام الشيء وإمضاؤه وفراغه ، ومنه : ﴿ فَوَكَزَهُۥ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيۡهِۖ ﴾ فالقاضي ينهي الأمر ويفرغ منه[٢] .

وقضىٰ بمعنىٰ أوجب ، ومنه : ﴿ ۞وَقَضَىٰ رَبُّكَ ﴾ ، فالقاضي يوجب الحكم على المحكوم عليه .

والقضاء : الإتمام ، ومنه : ﴿ فَإِذَا قَضَيۡتُم مَّنَٰسِكَكُمۡ ﴾ ، فسمي القضاء قضاء ؛ لأن القاضي يتم الأمر بالفصل ويمضيه ويفرغ منه .

وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم من الظلم ، ومنه الحكمة التي توجب وضع الشيء في محله ، أو من إحكام الشيء مأخوذ من حكَمة اللجام ؛ لمنعها الدابة[٣] .

---

(١) في هامش (ز) : (وقباء وأقبية) .

(٢) في هامش (ز) : (ويحكمه ويمضيه) .

(٣) في هامش (ز) : (اعلم : أن القضاء في القرآن علىٰ عشرة أوجه : بمعنى الفراغ ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِذَا قَضَيۡتُم مَّنَٰسِكَكُمۡ ﴾ ، والفصل : ﴿ وَقُضِيَ بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِ ﴾ ، التمام : ﴿ لِيُقۡضَىٰٓ أَجَلٞ مُّسَمّٗىۖ ﴾ ، وجوب العذاب : ﴿ وَقُضِيَ ٱلۡأَمۡرُ ﴾ ، الحتم : ﴿ قُضِيَ ٱلۡأَمۡرُ ٱلَّذِي فِيهِ تَسۡتَفۡتِيَانِ ﴾ ، الخبر : ﴿ وَقَضَيۡنَآ إِلَىٰ بَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ فِي ٱلۡكِتَٰبِ ﴾ ، الأمر : ﴿ ۞وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ ﴾ ، الفعل : ﴿ فَٱقۡضِ مَآ أَنتَ قَاضٍۖ ﴾ ، الخلق : ﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبۡعَ سَمَٰوَاتٖ ﴾ ، الموت : ﴿ يَٰمَٰلِكُ لِيَقۡضِ عَلَيۡنَا رَبُّكَۖ ﴾ ، ﴿ يَٰلَيۡتَهَا كَانَتِ ٱلۡقَاضِيَةَ ﴾) .

. . . .

وهو في الشرع : فصل الخصومة بحكم الله تعالىٰ .

ونقل ابن بري عن بعضهم : أنه فرق بين القضاء والحكم بأن الحكم : إظهار ما يفصل به بين الخصمين قولاً ، والقضاء : إيقاع ما يوجبه الحكم فعلاً .

وقال ابن عبد السلام : الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية هو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه ، بخلاف المفتي ؛ فإنه لا يجب عليه إمضاؤه[1] .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ ، ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ﴾ ، ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾ إلىٰ غير ذلك من الآيات .

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب . . فله أجران ، وإن اجتهد فأخطأ . . فله أجر »[2] رواه الشيخان [خ ٧٣٥٢ـ م ١٧١٦] ، وفي رواية للحاكم [٤/٨٨] : « إذا اجتهد فأخطأ . . فله أجر ، وإن أصاب . . فله عشر أجور »[3] .

قال المصنف : أجمع المسلمون علىٰ أن هـٰذا الحديث في حاكم عالم أهل للحكم ، إن أصاب . . فله أجران باجتهاده وإصابته ، وإن أخطأ . . فله أجر باجتهاده في طلب الحق ، وسيأتي في نقض الحكم بيان هـٰذا الحديث .

فأما من ليس بأهل للحكم . . فلا يحل له أن يحكم ، فإن حكم . . فلا أجر له ، بل هو آثم ولا ينفذ حكمه ، سواء وافق الحق أم لا .

---

(١) في هامش (ز) : (أي : الحكم) .

(٢) في هامش (ز) : (في لفظ : إذا اجتهد الحاكم فأخطأ . . فله أجر ، وإن أصاب . . فله أجران) .

(٣) في هامش (ز) : (وروى البيهقي [١٠/٨٨] خبر : (إذا جلس الحاكم للحكم . . بعث الله له ملكين يسددانه ويوفقانه ، فإن عدل . . أقاما ، وإن جار . . عرجا وتركاه) .

. . . .

وقد روى الأربعة[1] والحاكم [٤/ ٩٠] والبيهقي [١٠/ ١١٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « القضاة ثلاثة : قاضيان في النار وقاض في الجنة ، فأما الذي في الجنة . . فرجل عرف الحق فقضىٰ به ، واللذان في النار : رجل عرف الحق فجار في الحكم ، ورجل قضىٰ للناس علىٰ جهل » .

فالقاضي الذي ينفذ حكمه هو الأول ، والثاني والثالث لا اعتبار بحكمهما ، ولذلك كان السلف يتحامون الدخول في القضاء ؛ لخطر أمره[2] .

روى البيهقي [١٠/ ٩٧] عن محارب بن دثار : أنه كان إذا جلس للقضاء قال : اللهم إنك تعلم أني لم أجلس هـٰذا المجلس الذي ابتليتني به وقدرته علي إلا وأنا أكرهه وأبغضه ، فاكفني شر عواقبه .

قال : وطُلب قعنب التميمي للقضاء فلم يقبل ، فلم يزل به الأمير إلىٰ أن ولي كرهاً ، فدخل منزله فسقط عليه البيت فمات متوارياً .

وقال أبو جعفر المنصور للّيث بن سعد : أوليك القضاء؟ فلم يفعل ، فاستشاره في رجل يوليه ، فأشار بعثمان بن الحكم الجذامي ، فلما بلغه ذلك . . عاهد الله أن لا يكلم الليث أبداً .

قال : وعرض على الحسين بن منصور النيسابوري قضاء نيسابور ، فاختفىٰ ثلاثة

---

(١) أبو داوود (٣٥٦٨) والترمذي (١٣٢٢) والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٨٩١) وابن ماجه (٢٣١٥) .

(٢) في هامش (ز) : (تنبيه : ما جاء من التحذير من القضاء ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : من جعل قاضياً . . ذبح بغير سكين » [ك ٤/ ٩١ـ د ٣٥٦٦ـ ت ١٣٢٥] وحادثة الشارح هنا محمولة على عظم الخطر فيه ، أو علىٰ من يكره له القضاء أو يحرم علىٰ ما سيأتي بيان بعضه وإلا . . فقد قال الغزالي : القضاء أفضل من الجهاد ؛ لأن القضاء حفظ للموجود والجهاد ازدياد وتحصيل مفقود ، ومراده الجهاد الذي لا يتعين) .

وفي هامش (د) : (في « السنن الكبرىٰ » [هق ١٠/ ٩٦] عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما من أمير عشرة إلا وهو يؤتىٰ به يوم القيامة مغلولاً حتىٰ يفكه العدل أو يوبقه الجور » يوبقه بالباء الموحدة والقاف ؛ أي : يهلكه ، والله أعلم) .

أيام ودعا الله فمات في اليوم الثالث .

وورد كتاب السلطان بتولية نصر بن علي الجهضمي عشية قضاء البصرة فقال : أشاور نفسي الليلة وأخبركم غداً ، فأتوا إليه من الغد فوجدوه ميتاً .

ولما مات عبد الرحمن بن أذينة قاضي البصرة . . طلب أبو قلابة عبد الله بن زيد للقضاء ، فهرب حتىٰ أتى الشام ، فوافق ذلك عزل قاضيها فذكر للقضاء فهرب حتىٰ أتى اليمامة ، فسئل عن ذلك فقال : ما وجدت مثل القاضي العالم إلا مثل رجل وقع في بحر فما عسىٰ أن يسبح حتىٰ يغرق .

وقال مكحول : لو خيرت بين القضاء والقتل . . اخترت القتل .

وامتنع منه الشافعي رضي الله عنه لما استدعاه المأمون لقضاء الشرق والغرب .

وامتنع منه أبو حنيفة رحمه الله لما استدعاه المنصور ، فحبسه وضربه .

وحكى القاضي الطبري وغيره : أن الوزير ابن الفرات طلب أبا علي بن خيران ليوليه القضاء ، فهرب منه فختم دوره نحواً من عشرين يوماً ، وأشرت إلىٰ ذلك في المنظومة بقولي [من الرجز] :

وطينوا الباب علىٰ أبي علي ... عشرين يوماً ليَلي فما ولِي

وما أحسن قول قاضي القضاة شرف الدين بن عين الدولة [من المتقارب] :

وليت القضاء وليت القضا ... ء لم يك شيئاً توليته

فأوقعني في القضاء القضا ... وما كنت قدماً تمنيته

وقال قاضي القضاة عماد الدين بن السكري وقد عاتبه بعض أصحابه علىٰ توليته القضاء [من السريع] :

يا ذا الذي آلمني عتبه ... أنسيت ما قدر في الماضي

والله ما اخترت سوىٰ قربه ... فاختار أن يعكس أغراضي

إن الذي ساقك لي واعظاً ... هو الذي صيرني قاضي

وقال آخر [من المتقارب] :

فيا ليتني لم أكن قاضياً ويا ليتها كانت القاضيه

قال : (**هو فرض كفاية**) بل هو أسنىٰ فروض الكفايات وأعلىٰ مراتب الولايات .

فأما كونه فرضاً . . فلقوله تعالىٰ : ﴿ كُونُوا قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ ﴾ .

وقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ ، ولأن طباع البشر مجبولة على التظالم ومنع الحقوق ، وقل من ينصف من نفسه .

ولا يقدر الإمام علىٰ فصل كل الخصومات بنفسه ، فدعت الحاجة إلىٰ ولاية القضاء .

وأما كونه على الكفاية . . فلأنه أمر بمعروف أو نهي عن منكر ، وهما على الكفاية .

وقد بعث النبي صلى الله عليه وسلم علياً إلى اليمن قاضياً فقال : يا رسول الله ؛ تبعثني أقضي بينهم وأنا شاب لا أدري ما القضاء؟ فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم في صدره وقال : « اللهم اهده وثبت لسانه » قال : فو الذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما شككت في قضاء بين اثنين ، رواه أبو داوود [٣٥٧٧] والحاكم [٤/٩٣] وقال : صحيح الإسناد .

واستخلف النبي صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد علىٰ مكة والياً وقاضياً[١] ، وقلد معاذاً قضاء بعض اليمن[٢] .

وبعث أبو بكر أنساً إلى البحرين قاضياً ، وبعث عمر أبا موسى الأشعري إلى البصرة قاضياً ، وابنَ مسعود إلى الكوفة ، وعثمان قلد شريحاً القضاء ، وعلي قلد ابن

(١) الحاكم (٣/٥٩٥) والبيهقي (٤/٣٤١) وعبد الرزاق (٧٢١٤) والطبراني في « الكبير » (١٧/١٦١) .

(٢) البخاري (٣٠٣٨) ومسلم (٧/١٧٣٣) .

عباس قضاء البصرة ، فلو كان فرض عين . . لم يكف واحد .

وقال الرافعي : هو فرض كفاية لا غنىٰ عنه بالإجماع .

فقوله : (بالإجماع) متعلق بلا غنىٰ عنه لا بالأول ؛ فإنه بعد ذلك نقل عن ابن كج كراهته .

وعن القاضي أبي الطيب : استحباب نصب القضاة في البلدان ، قال ابن الرفعة : ولم أره لغيره ، فعلى المشهور : إذا قام به من فيه الكفاية . . سقط الفرض عمن خوطب به ، وهم من تكاملت فيهم الشروط الآتية ، فإذا امتنعوا كلهم . . أثموا جميعاً ، وحينئذ فالأصح : أن للإمام إجبارهم على التولية .

فإن قيل : لم يذكروا هنا ما يسقط به الفرض . . فالجواب : أنه محمول علىٰ ما ذكروه في (السير) من أنه لا يكفي أن يكون في الإقليم مفت واحد تعسر مراجعته ، بل المعتبر مسافة القصر .

لـٰكن في « الوسيط » و« النهاية » قبيل (باب القسمة) : أنه لا يجوز إخلاء مسافة العدوىٰ عن قاضٍ ، ونقله شريح الروياني عن الإصطخري ؛ لما في إحضار الخصوم من البلد البعيد من المشقة .

قال : (**فإن تعين . . لزمه طلبه**) كغيره من فروض الكفايات إذا تعينت ، فإن توقف علىٰ بذل مال . . لزمه كما يلزمه شراء الرقبة للكفارة والطعام في المجاعة ، هـٰذا هو المشهور .

وقال الماوردي : لا يلزمه طلبه ؛ لأن فرض التقليد على الإمام ، قال ابن الرفعة : ولعله إذا علم به الإمام ، وإلا . . لزمه إعلامه كما أطلقه ابن الصلاح[1] وغيره ، وعلىٰ هـٰذا : يستحب بذل المال ولا يجب .

هـٰذا كله إذا لم يعرض عليه ، فإن عرض . . لزمه القبول بلا خلاف .

وشمل إطلاقه ما إذا خاف علىٰ نفسه من الميل ، وهو كذلك ؛ لأن فرض العين

(١) في (ت) : (ابن الصباغ) .

. . . .

لا يسقط بخوف العاقبة ، وعليه مراقبة الله فيما عليه وله .

ويندب أن يقول إذا دعي : سمعاً وطاعة .

والصحيح : أنه إذا امتنع من الدخول فيه . . أجبر عليه ؛ لأن الناس مضطرون إلىٰ علمه ونظره ، فأشبه صاحب الطعام إذا منعه من المضطر .

وفي وجه : لا يجبر ، واستدل له الرافعي بحديث : « إنا لا نكره أحداً على القضاء »[1] وهو غريب ، والأول أصح ، وحمل الحديث علىٰ حالة عدم التعين .

فإن قيل : هو بامتناعه من الواجب المتعين عليه فاسق ، قال الرافعي : فيمكن أن يقال : يؤمر بالتوبة أولاً ثم يولىٰ .

واختار المصنف أنه لا يفسق ؛ لأن امتناعه غالباً بتأويل فلا يعصي وإن كان مخطئاً .

وعلم من كلام المصنف : أنه لا يصير مولّىً بمجرد تعيينه وتكامل الشروط فيه ، بل لا بد من تولية من الإمام ؛ لأن الولاية عقد فافتقرت إلىٰ عاقد .

وحكى الماوردي فيه الإجماع ، وشذ بعض أهل المذاهب فجعل ولاية القضاء عند اجتماع شروطها منعقدة بلا عاقد .

وكلام الخطابي يقتضي : الانعقاد عند الضرورة من عينه الإمام ونحوه ؛ فإنه ذكر في قصة مؤتة : أنه لما أصيب زيد ثم جعفر ثم ابن رواحة . . أخذها خالد من غير إمرة ففتح له ، ووافق الحق ، فصار ذلك أصلاً في الضرورات إذا وقعت في مهمات الدين .

وترجم البخاري عليه : (باب من تأمر في الحرب من غير إمرةٍ إذا خاف العدو) ، والجواب : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « فليرتض المسلمون رجلاً »[2] وخالد ارتضاه المسلمون فكان مولّىً من جهة النبي صلى الله عليه وسلم .

---

(١) أخرجه أبو داوود (٢٩٤٠) بنحوه ، وانظر « تلخيص الحبير » (٤/ ١٨٤) .

(٢) ذكره ابن سعد في « الطبقات » (٢/ ١٢٨) .

وَإِلاَّ : فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ وَكَانَ يَتَوَلاَّهُ . . فَلِلْمَفْضُولِ ٱلْقَبُولُ ، وَقِيلَ : لاَ . وَيُكْرَهُ طَلَبُهُ ، . . . .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يتعين عليه (**فإن كان غيره أصلح وكان يتولاه . . فللمفضول القبول**) بناء على أن الإمامة العظمىٰ تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل وهو الأصح ، لأن تلك الزيادة خارجة عن حد الإمامة ، والقضاء أولىٰ بالجواز ؛ لإمكان التدارك فيه بنظر من فوقه من الولاة ، بخلاف الإمام .

قال : (**وقيل : لا**) أي : لا يجوز القبول بناء علىٰ منع الانعقاد .

ويدل له ما روى الحاكم [٤/ ٩٢] والبيهقي [١٠/ ١١٨] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من استعمل رجلاً علىٰ عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضىٰ لله منه . . فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » .

وقال الماوردي : محل القولين : إذا لم يكن عذر في تولية المفضول ، فإن كان بأن كان أطوع في الناس أو أقرب إلى القلوب ، أو كان الأفضل غائباً أو مريضاً . . انعقدت قطعاً ، فإن منعنا ولاية المفضول . . حرم الطلب والتولية والقبول ، وإن أجزنا . . جاز القبول ، وكره الطلب ، وقيل : يحرم .

واحترز بقوله : (وكان يتولاه) عما إذا كان لا يصلح ولا يتولاه . . فإنه كما لو لم يوجد .

قال : (**ويكره طلبه**) ؛ لما فيه من الخطر ، لأن الولاية تفيد قوة بعد ضعف ، وقدرة بعد عجز ، تتخذها النفس المجبولة على الشر ذريعة إلى الانتقام من العدو ، والنظر للصديق ، وتتبع الأغراض الفاسدة ، ولا يوثق بحسن عاقبتها وسلامة مجاورتها ، فالأولىٰ أن لا يطلب ما أمكن ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة : « لا تسأل الإمارة[١] ؛ فإنك إن أعطيتها عن مسألة . . وكلت إليها[٢] ، وإن أعطيتها من غير مسألة . . أعنت عليها » متفق عليه [خ ٦٦٢٢ـم ١٦٥٢] .

---

(١) في هامش (د) : (الإمارة بكسر الهمزة : الولاية « زركشي ») .

(٢) في هامش (د) : (وكلت إليها بكاف مكسورة مخففة ؛ أي : رددت إليها واعتمدت عليها « زركشي ») .

وَقِيلَ : يَحْرُمُ ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ . . فَلَهُ ٱلْقَبُولُ . وَيُنْدَبُ ٱلطَّلَبُ إِنْ كَانَ خَامِلاً يَرْجُو بِهِ نَشْرَ ٱلْعِلْمِ . . . .

وقال صلى الله عليه وسلم : « من طلب القضاء واستعان عليه . . وكل إليه ، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه . . أنزل الله ملكاً يسدده » .

وقال : « من ولي القضاء . . فقد ذبح بغير سكين » رواهما أبو داوود [٣٥٧٣ـ٣٥٦٦] ، وقال الترمذي : حسنان غريبان [١٣٢٣ـ١٣٢٥] .

ومعنى الذبح في الحديث : أنه متعرض للذبح ؛ فإنه يريد أن يحكم على الصديق والعدو بحكم واحد .

وقيل : صار كمذبوح ؛ فإنه يحتاج إلىٰ إماتة شهوته وقهر نفسه بالمنع من المخالطة ، وبغير سكين كناية عن شدة الألم ؛ فإن الذبح بغيرها تعذيب ، ويحتمل أنه عدل عن السكين ؛ لأنه مفسد للدين لا للبدن .

قال : (**وقيل : يحرم**) بناء على امتناع ولاية المفضول ، وعلىٰ هـٰذا : تحرم توليته .

قال : (**وإن كان مثله . . فله القبول**) ؛ إذ لا محذور فيه ، وقد أتاه من غير مسألة فيعان عليه .

وعلم من قوله : (فله) أنه لا يجب عليه ، وهو الأصح ؛ لأن غيره قد يقوم به .

وقد صحح ابن حبان [٥٠٥٦] : أن ابن عمر امتنع لما سأله عثمان القضاء .

وظاهر عبارته استواء القبول وعدمه في حقه .

وحكى الشيخ أبو خلف الطبري وجهين في الأَولىٰ له ، وصحح : أن الأولىٰ عدم القبول ؛ لما فيه من الخطر ، خصوصاً إذا خاف علىٰ نفسه اتباع الهوىٰ ، قال الرافعي : وينبغي أن يحترز ؛ فإن أهم الغنائم حفظ السلامة .

قال : (**ويندب الطلب إن كان خاملاً يرجو به نشر العلم**) ؛ لحصول المنفعة بنشره .

و(الخامل) : الساقط الذِّكر الذي لا يعرف .

أَوْ مُحْتَاجاً إِلَى ٱلرِّزْقِ ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَوْلَىٰ تَرْكُهُ . قُلْتُ : وَيُكْرَهُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (أو محتاجاً إلى الرزق) أي : مع الشهرة ؛ لأنه يكسب كفايته بسبب هو طاعة ، لما في العدل من جزيل الثواب .

وقال القفال : لا يندب الطلب بحال ، ولـٰكن تستحب له الإجابة إذا طلب ، وقال بعض أصحابنا : يكره الطلب مطلقاً ؛ لظاهر حديث عبد الرحمن بن سمرة .

وفي « صحيح مسلم » [١٧٣٣] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إنا والله لا نولي علىٰ هـٰذا العمل أحداً سأله ولا أحداً حرص عليه » .

و(حرص) بفتح الراء ، قال تعالىٰ : ﴿ وَمَآ أَكۡثَرُ ٱلنَّاسِ وَلَوۡ حَرَصۡتَ بِمُؤۡمِنِينَ ﴾ .

ومن الصور التي يستحب فيها الطلب أيضاً : إذا كانت الحقوق مضاعة ؛ لجور أو عجز ، أو فسدت الأحكام بتولية جاهل فقصد بالطلب تدارك ذلك ، ويندب حينئذ بذل المال لتحصيله ، وقد أخبر الله تعالىٰ عن يوسف عليه السلام : أنه طلب فقال : ﴿ ٱجۡعَلۡنِي عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلۡأَرۡضِۖ ﴾ ، وإنما طلب ذلك شفقة على المسلمين لا منفعة لنفسه .

هـٰذا إذا لم يكن هناك قاض مولّىً ، فإن كان وهو غير أهل . . فكالعدم ، وإن كان أهلاً والطالب يروم عزله . . فهـٰذا الطلب محظور وهـٰذا الطالب مجروح ، سواء كان فاضلاً أو مفضولاً .

قال : (وإلا) أي : وإن كان مع الشهرة مكفياً (. . فالأولىٰ تركه) أي : ترك الطلب إذا كان من أهل العفة والأمانة مكفياً معروفاً بالعلم يرجع إليه في الفتاوىٰ . . فالأولىٰ له الاشتغال بنشر العلم والفتيا ؛ لما في القضاء من الأخطار ، وعلىٰ هـٰذا : يحمل امتناع من امتنع من تقليد القضاء من السلف الصالح .

قال : (قلت : ويكره على الصحيح والله أعلم) أي : الطلب والقبول إن لم يطلبه ، وهـٰذا الذي صححه الرافعي في « الشرح » ، وقال هنا : إنه يروىٰ عن الشافعي : أنه أوصى المزني في مرض موته أن لا يتولى القضاء ، وعرض عليه كتاب الرشيد بالقضاء . . فلم يجبه إليه . اهـ

والمعروف : أن الذي كتب بالقضاء إلى الشافعي المأمون بن الرشيد كما تقدم .

وَٱلِاعْتِبَارُ فِي ٱلتَّعْيِينِ وَعَدَمِهِ بِٱلنَّاحِيَةِ . وَشَرْطُ ٱلْقَاضِي : مُسْلِمٌ ، مُكَلَّفٌ ، حُرٌّ ،

قال الإمام : ولأن الولايات تستخرج من النفوس خبايا البليات ، ومن العصمة ألا يقدر .

قال : (**والاعتبار في التعيين وعدمه بالناحية**) فلا يجب علىٰ من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة أخرىٰ لا صالح بها ، ولا قبوله إذا ولي .

قال الرافعي : يجوز أن يفرق بينه وبين القيام بسائر فروض الكفايات المحوجة إلى السفر كالجهاد وتعلم العلم ونحوهما ، فإن تلك يمكن القيام بها والعود إلى الوطن ، وعمل القضاء لا غاية له ، فالانتقال له هجرة ، وترك الوطن بالكلية تعذيب .

قال : (**وشرط القاضي : مسلم**) فلا تجوز تولية الكافر لا على المسلمين ولا على الكافرين ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ ، ولا سبيل أعظم من القضاء .

قال الماوردي والروياني : وما جرت به العادة من تنصيب الحاكم بين أهل الذمة منهم . . فتقليد رئاسة وزعامة لا تقليد حكم وقضاء ، ولا يلزمهم حكمه بإلزامه ، بل بالتزامهم ، ولا يلزمون بالتحاكم عنده .

وهٰذا الشرط داخل في اشتراط العدالة ، والمصنف كثيراً ما يكتفي باشتراط العدالة عن اشتراط الإسلام .

قال : (**مكلف**) فلا يولىٰ صبي ولا مجنون ؛ لنقصهما ، ولأنهما لا يتعلق بقولهما حكم علىٰ أنفسهما فعلىٰ غيرهما أولىٰ .

وقد ادعى الإمام الإجماع عليه في المجنون ، وسواء المنقطع وغيره .

وقال الماوردي : لا يكفي العقل الذي يتعلق به التكليف حتىٰ يكون صحيح الفكر جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة ؛ ليتوصل إلىٰ وضوح المشكل .

قال : (**حر**) فلا تصح ولاية الرقيق ، ولا من بعضه رقيق ، سواء تعلق به سبب العتق كالمكاتب والمدبر أو لا بالقياس على الشهادة ، ولأنه ناقص عن ولاية نفسه ، فعن ولاية غيره أولىٰ .

قال : (ذكر) فلا تصح ولاية المرأة ولو فيما تقبل شهادتها فيه ولو بين النساء ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ .

وفي « البخاري » [٤٤٢٥] عن أبي بكرة نفيع بن الحارث : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » ، ولأنهن ناقصات عقل ودين ، والمرأة مأمورة بالستر ، والقاضي يحتاج إلىٰ مخالطة الرجال .

وأبعد ابن جرير فجوز تقليد المرأة القضاء مطلقاً .

وجوزه أبو حنيفة فيما يجوز أن تكون شاهدة فيه .

فلو ولىٰ حنفي امرأة فيما تقبل شهادتها فيه علىٰ معتقده فحكمت.. قال الإصطخري : نقض قضاؤها ، وقال غيره : لا .

والخنثى المشكل كالمرأة ، فإن بانت ذكورته قبل التولية.. صحت توليته قطعاً ، وإن بانت بعدها.. لم تبن صحتها على المذهب .

قال : (عدل) فلا يولى الفاسق ؛ لأن الله تعالىٰ شرط العدالة في أقل الحكومات فقال : ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ، ولأنه ممنوع من النظر في مال الولد مع وفور شفقته فنظره في أمر الكافة أولىٰ بالمنع ، والعدالة معتبرة في سائر الولايات .

والمراد : فاسق بما لا شبهة له فيه .

قال الماوردي : وهو أن يكون صادق اللهجة ، ظاهر الأمانة ، عفيفاً عن المحارم ، متوقياً للمآثم ، بعيداً عن الريب ، مأموناً في الرضا والغضب ، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه ، فإن انخرم منها شيء.. منع الولاية كما يمنع قبول الشهادة .

ومن لا تجوز شهادته من المبتدعة لا تجوز توليته القضاء ، وقال الماوردي : لا تجوز تولية الشيعة .

قال : (سميع) ؛ لأن الأصم لا يفرق بين الإقرار والإنكار ، فإن كان يسمع ولو بصياح في أذنه.. فهو سميع ، فلو طرأ الصمم على السمع.. انعزل .

قال : (**بصير**) فلا يولّى الأعمىٰ ؛ لأنه لا يعرف الطالب من المطلوب ، فلو سمع البينة ثم عمي . . قضىٰ على الأصح .

وفي وجه ضعيف اختاره ابن أبي عصرون ـ وبه قال مالك ـ : تصح ولايته ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم استخلف ابن أم مكتوم على المدينة[1] .

والجواب : أنه كان في إمامة الصلاة دون الحكم ، لـٰكن روى الطبراني في « معجمه الكبير » [١١/١٤٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم استخلفه على الصلاة وغيرها من أمور المدينة[2] .

وتستثنىٰ صورتان :

إحداهما : إذا نزل من في القلعة علىٰ حكم أعمىٰ .

والثانية : إذا سمع البينة قبل العمىٰ .

ويجوز أن يكون القاضي أعور بخلاف الإمام كما تقدم في (قتال البغاة) .

قال : (**ناطق**) فلا تصح تولية الأخرس ؛ لأنه كالجماد ، وفي من فهمت إشارته وجه ضعيف .

قال : (**كاف**) الكفاية : كلمة جامعة ، وهي شرط في صحة كل ولاية ، وهي هنا : النهضة والقيام بعمل القضاء[3] ، فلا تجوز تولية المغفل ومختل النظر بكبر أو مرض ونحوهما .

---

(١) ابن حبان (٥/٥٠٦) وأبو داوود (٥٩٥) وأحمد (٣/ ١٣٢) وعبد الرزاق (٣٨٢٨) ، وغيرهم .

(٢) في هامش (ت) : (يجاب عما رواه الطبراني بما روى ابن رشد عن مالك أنه قال : أول من أحدث قاضياً بين الناس بالمدينة عمر بن عبد العزيز ، قال : ولم يكن ذلك في زمن النبي صلى الله عليه وسلم إلىٰ زمنه) .

(٣) في هامش (ت) : (فسر ابن شداد الكفاية بكونه متقناً ذا فطنة ويقظة ، لا يؤتىٰ من غفلة ، ولا يخدع لغرة ، لـٰكن صاحب « الشامل » و« البحر » وغيرهما ذكروا هـٰذا في « الأدب » ، والصواب : أن المراد هنا : النهضة ؛ لأنها كالنجدة في حق الإمام) .

مُجْتَهِدٌ ، . . . .

واحتجوا لاعتبار هـٰذا الشرط بما روىٰ مسلم [١٨٢٦] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي ذر : « إني أراك ضعيفاً ، وإني أحب لك ما أحب لنفسي ، لا تتأمرن على اثنين ، ولا تليَنَّ مال يتيم » .

قال الشيخ عز الدين : وذلك أن الولاية لها شرطان : العلم بأحكامها والقدرة علىٰ تحصيل مصالحها ودرء مفاسدها ، وقد نبه عليهما يوسف عليه السلام بقوله : ﴿ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ ﴾ .

فإذا فقد الشرطان . . حرمت الولاية .

ومن لا تقبل شهادته من أهل البدع لا يصح تقليده القضاء ، وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع ، أو لا يقول بأخبار الآحاد ، وكذا حكم نفاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلاً ، بل يتبعون النصوص فإن لم يجدوا . . أخذوا بقول سلفهم كالشيعة .

فإن كانوا مجتهدين في مجرى الكلام ويثبتون الأحكام علىٰ عموم النصوص وإشاراتها . . جاز تقليدهم على الأصح .

قال : (مجتهد) فلا تصح تولية الجاهل بالأحكام الشرعية وطرقها المحتاج إليها ، ولأنه لا يصلح للفتوىٰ فالقضاء أولىٰ ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ۚ إِنَّ ٱلسَّمْعَ وَٱلْبَصَرَ وَٱلْفُؤَادَ كُلُّ أُولَـٰٓئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْـُٔولًا ﴾ .

والضمير في (عنه) يعود علىٰ ما ليس للإنسان به علم ، ويكون المعنىٰ : أن الله يسأل سمع الإنسان وبصره وفؤاده عما قال مما لا علم له به ، فيقع تكذيبه من جوارحه ، وذلك غاية الخزي .

ويحتمل عوده علىٰ (كل) التي هي السمع والبصر والفؤاد ؛ أي : أن الله يسأل الإنسان عما حواه سمعه وبصره وفؤاده فكأنه قال : كل هـٰذا كان الإنسان عنه مسؤولاً ، فهو علىٰ حذف مضاف .

ولا يخفىٰ أنه يستثنىٰ من هـٰذا المحكّمُ في النكاح كما تقدم في بابه .

وقال أبو حنيفة : تجوز تولية العامي ، ثم هو يسأل أهل العلم .

وَهُوَ : أَنْ يَعْرِفَ مِنَ ٱلْكِتَابِ وَٱلسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِٱلأَحْكَامِ ، وَخَاصَّهُ وَعَامَّهُ ، وَمُجْمَلَهُ وَمُبَيَّنَهُ ، وَنَاسِخَهُ وَمَنْسُوخَهُ ، . . . .

قال : (**وهو : أن يعرف من الكتاب والسنة ما يتعلق بالأحكام**) ؛ لأن أهلية الاجتهاد لا تحصل إلا بالعلم بالكتاب والسنة .

وآيات الأحكام ـ كما قيل ـ خمس مئة آية ، وفيه نظر ؛ فإن الأحكام كما تستنبط من الأوامر والنواهي تستنبط من القصص والمواعظ ونحوهما ، وكذلك قيل : أحاديث الأحكام خمس مئة حديث .

وكان الحافظ عبد الغني جعل « العمدة » خمس مئة حديث كذلك .

قال الغزالي : ولا حاجة إلىٰ تتبع الأحاديث علىٰ تفرقها وانتشارها ، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجمع أحاديث الأحكام كـ« سنن أبي داوود » ، وسبقه إلىٰ ذلك البندنيجي ، واعترض عليه المصنف في التمثيل بـ« سنن أبي داوود » بأنه لم يستوعب الصحيح من الأحكام ولا اشترطه ، وكم في « الصحيحين » من حديث حكمي ليس فيه ، ولا يرد ؛ فإنه لم يدع استيعاب الجميع ، بل الاعتناء بالجميع .

ولا يشترط حفظ الآيات عن ظهر قلب ، قال الروياني : وكذلك الأخبار ، لـٰكن نقل الفوراني عن النص : أنه يشترط حفظ جميع القرآن .

قال : (**وخاصه وعامه**) فـ(الخاص) : خلاف العام ، و(العام) : لفظ يستغرق الصالح له من غير حصر .

ولا بد من معرفة العام المخصوص ، والمراد به الخصوص والخاص الذي أريد به العموم .

وأفرد المصنف الضمير حملاً علىٰ لفظ (ما) .

قال : (**ومجمله ومبينه**) فـ(المجمل) : ما لم تتضح دلالته ، و(المبين) ضده .

قال : (**وناسخه ومنسوخه**) فيعلم ما نسخ لفظه وبقيت تلاوته وعكسه ، وجميع أنواعه التي قررها العلماء فيه .

وَمُتَوَاتِرَ ٱلسُّنَّةِ وَغَيْرَهُ ، وَٱلْمُتَّصِلَ وَٱلْمُرْسَلَ ، وَحَالَ ٱلرُّوَاةِ قُوَّةً وَضَعْفاً ، وَلِسَانَ ٱلْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْواً ، وَأَقْوَالَ ٱلْعُلَمَاءِ مِنَ ٱلصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إِجْمَاعاً وَٱخْتِلاَفاً ، وَٱلْقِيَاسَ بِأَنْوَاعِهِ ، . . . .

قال ابن برهان : ولا بد من معرفة أسباب النزول ، وكذلك لا بد من معرفة المطلق والمقيد ، والمتشابه والمفصل ، والنص والظاهر ؛ لأن الجهل بهـٰذه الأشياء يمنع من الاجتهاد .

قال : (**ومتواتر السنة وغيره**) وهو الآحاد .

وقيل : لا يوجد اليوم حديث متواتر إلا ثلاثة تواتر معناها : حديث إتيان الحوض ، وحجة الوداع ، و « من كذب علي متعمداً . . . » ، واقتصر بعضهم على الحديث الثالث[1] .

قال : (**والمتصل والمرسل ، وحال الرواة قوة وضعفاً**) ؛ لأنه بذلك يتوصل إلىٰ تقرير الأحكام .

قال : (**ولسان العرب لغة ونحواً**) فيعرف صيغ الأمر والنهي ، والخبر والاستفهام ، والوعيد والوعد ، والإطلاق والتقييد ، والأسماء والأفعال والحروف ، وما لا بد منه في فهم الكتاب والسنة .

قال الزمخشري : علوم العربية ترتقي إلى اثني عشر علماً ، غير أن أصولها أربعة : اثنان يتعلقان بالمفردات هما اللغة والتصريف ، ويليهما الثالث وهو علم النحو ؛ فإن المركبات هي المقصود منه وهو كالنتيجة لها ، ثم علم المعاني .

قال : (**وأقوال العلماء من الصحابة فمن بعدهم إجماعاً واختلافاً**) ؛ حتىٰ لا يخالف الإجماع باختيار قول ثالث .

قال : (**والقياس بأنواعه**) أي : جليه وخفيه ، وصحيحه وفاسده .

---

(١) في هـٰذا القول نظر ؛ لأن الأحاديث التي تواتر معناها أكثر من ذلك بكثير ، وقد جمع الإمام السيوطي فيها كتاباً سماه : « الأزهار المتناثرة » ، ضمنه ما ينيف على المئة ، وجمع الشيخ الكتاني كتاباً سماه « نظم المتناثر من الحديث المتواتر » جمع فيه ثلاث مئة وعشرة أحاديث ، أما المتواتر اللفظي . . فقد اقتصر بعضهم علىٰ حديث : « من كذب عليَّ . . . » والله أعلم .

. . . .

ولا يشترط التبحر في هٰذه العلوم ، بل تكفي معرفة جمل منها ، فلا يكون في النحو كسيبويه ، وفي اللغة كالخليل ، بل المعتبر ما يوصله إلىٰ معرفة الحكم ، وتعلم ذلك سهل ؛ لأنه جمع ودون .

واقتصار المصنف على الأدلة الأربعة المتفق عليها يقتضي أنه لا تشترط معرفة المختلف فيها كالاستصحاب ، والمصالح المرسلة ، وقياس العكس ، والأخذ بأقل ما قيل ، ولا بد من معرفتها ؛ لترتب بعض الأحكام عليها .

وأفهم أنه لا تشترط معرفة أصول الاعتقاد ، لـٰكن حكى الرافعي عن الأصحاب اشتراطه ، وهـٰذا إنما حكاه الغزالي في « المستصفىٰ » عن الأصوليين ، ثم خالفهم وقال : يكفي اعتقاد جازم ، ولا تشترط معرفتها علىٰ طريق المتكلمين ؛ فإنها لم تكن في عهد الصحابة .

واجتماع هـٰذه العلوم إنما يعتبر في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الأبواب ، أما المقلد . . فليس عليه غير معرفة قواعد إمامه .

قال شيخ الإسلام ابن دقيق العيد : لا يخلو العصر عن مجتهد إلا إذا تداعى الزمان وقربت الساعة .

وأما قول الغزالي والقفال : إن العصر خلا عن المجتهد المستقل . . فالظاهر أن المراد : مجتهد قائم بالقضاء ؛ فإن العلماء كانوا يرغبون عنه .

قال ابن الرفعة : ولا يختلف اثنان أن ابن عبد السلام وابن دقيق العيد بلغا رتبة الاجتهاد .

وقال ابن الصلاح : إمام الحرمين والغزالي والشيخ أبو إسحاق الشيرازي من الأئمة المجتهدين في المذهب .

وقال مالك : خصال القضاء لا تجتمع الآن في أحد ، فإذا اجتمعت في شخص خصلتان . . رأيت أن يولى العقل والورع ، فبالعقل يسأل وبالورع يكف ، فمن شأن ابن آدم أن لا يعلم كل شيء ، ومن شأنه أن يعلم ثم ينسىٰ ، ومن شأنه أن يعلم ثم يزيده الله علماً .

وقال عمر بن عبد العزيز : لا ينبغي أن يكون القاضي قاضياً حتىٰ تكون فيه خمس خصال : العفة والحلم والعلم واستشارة ذوي الرأي وأن لا يبالي بملامة الناس .

وقال القاضي أبو الطيب : من جمع شرائط القضاء ولٰكن بلسانه لكنة تمنعه من تقويم (الفاتحة) جاز أن يولى القضاء .

ويستحب أن يكون القاضي كامل الأعضاء ، قرشياً ، حسن الصفات والخط ، ولا يشترط أن يحسن الكتابة على الأصح ، وأن يكون زائد الورع ، كثير التقوىٰ ، خالياً عن الشبهة في الاعتقاد ، متضلعاً بعلوم الشروط والأقضية ، متصفاً بكل صفة جميلة تزيده هيبة في النفوس وعظمة .

ورعاية العلم والتقوىٰ أولىٰ من رعاية النسب ، وأن يكون حكيماً ذا فطنة ويقظة لا يؤتىٰ من غفلة ولا يخدع لغرة ، صحيح الحواس ، عالماً بلغات أهل ولايته ، جامعاً للعفاف نزهاً ، بعيداً من الطمع ، بريئاً من الشحناء ، صدوق اللهجة ، ذا رأي ومشورة ، إذا وعد وفى ، لين الكلمة ، ظاهر السكينة والهيبة والوقار .

وروي : أن علياً ولىٰ أبا الأسود الدؤلي القضاء ساعة ثم عزله فقال : لمَ عزلتني؟ فوالله ما خنت ولا جنيت! فقال : (بلغني أن كلامك يعلو الخصوم) .

وقال الحليمي : ينبغي للإمام أن لا يولي الحكم بين الناس إلا من جمع إلى العلم السكينة والتثبت ، وإلى الفهم الصبر والحلم ، وكان عدلاً أميناً ، نزهاً عن المطاعم الدنيئة ، ورعاً عن المطامع الرديئة ، شديداً قوياً في ذات الله ، متيقظاً متحفظاً من سخط الله ، ليس بالنكس الخوار فلا يهاب ، ولا المتعظم الجبار فلا ينتاب ، بل وسطاً خياراً .

ولا يدع الإمام مع ذلك أن يديم الفحص عن سيرته والتعرف بحاله وطريقته ، فيقابل منه ما يجب تغييره بعاجل التغيير ، وما يجب تقريره بأحسن التقرير ، وأن يكف الأمراء والعمال عن معارضته ومزاحمته ، ويأمرهم جميعاً بطاعته فيما يتصل بالانقياد للأحكام من نقض أو إبرام .

ويتوقىٰ أن يقال في ولايته : هٰذا حكم الله وهٰذا حكم الديوان ؛ فإن هٰذا شرك

فَإِنْ تَعَذَّرَ جَمْعُ هَـٰذِهِ ٱلشُّرُوطِ فَوَلَّىٰ سُلْطَانٌ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقاً أَوْ مُقَلِّداً . . نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلضَّرُورَةِ ، . . . .

من قائله ، إذ لا حكم إلا لله ، وإن سمع الوالي من قال ذلك وأقره عليه . . فهو مثله .

قال : (**فإن تعذر جمع هـٰذه الشروط فولىٰ سلطان له شوكة فاسقاً أو مقلداً . . نفذ قضاؤه للضرورة**) ؛ لئلا تتعطل مصالح الناس .

ويؤيده : أنا ننفذ قضاء البغاة لمثل هـٰذه الضرورة ؛ كذا نقله الرافعي عن الغزالي ثم قال : وهو حسن ، لـٰكن قال ابن شداد وابن أبي الدم وابن الصلاح : ما قاله الغزالي لا نعلم أحداً قاله ، بل قطع الأصحاب قاطبة بأن الفاسق لا ينفذ حكمه وإن ولاه الإمام ، وحكاه القاضي عن النص ، وجزم به الشيخان في (باب البغاة) .

وإذا كان قاضي البغاة تعتبر فيه مع العلم العدالة بلا خلاف فكيف تنفذ أحكام قاضي أهل العدل مع فسقه؟ وهـٰذه المقالة لم ينفرد بها الغزالي ، بل جزم بها الدارمي في « الإستذكار » ، والجاجرمي في « الإيضاح » .

ويستدل له بإجماع الأمة علىٰ تنفيذ أحكام الحكام الظلمة وأحكام من ولوا .

وأما القاضي العادل إذا استقضاه أمير باغ . . أجابه إليه ، فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لمن استقضاه زياد فقالت : إن لم يقض لهم خياركم . . قضىٰ لهم شراركم[1] .

والمنقول : أن قضاء الفاسق لا ينفذ ، وقال ابن الرفعة : كلام صاحب « الكافي » دال علىٰ تردد فيه إذا كان ثَمَّ من يصلح ، فإن لم يكن . . فلا وجه إلا تنفيذ حكمه ، قال : ولو استولى الكفار علىٰ إقليم فولوا القضاء رجلاً مسلماً . . يظهر نفاذ حكمه للضرورة ، قال : وإذا ابتلينا بولاية امرأة أو صبي القضاء . . ففي نفوذه وقفة .

قال الأذرعي : وخرج بـ(السلطان) ما إذا ولى قاضي القضاة في النواحي من ليس بأهل . . فالظاهر أن حكمه لا ينفذ ، ويفارق السلطان لخوف سطوته وبأسه ، بخلاف القاضي غالباً .

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٤/ ١٨٧) .

وَيُنْدَبُ لِلإِمَامِ إِذَا وَلَّىٰ قَاضِياً أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي ٱلِاسْتِخْلَافِ ، . . . .

وقد أطلق الرافعي أنه إذا استخلف من لا يصلح للقضاء . . فأحكامه باطلة لا يجوز إنفاذها .

فرع :

إذا لم يكن في البلد إلا مفت واحد يصلح للفتوىٰ . . تعين عليه أن يفتي ، فإن كان هناك غيره . . فهو من فروض الكفايات ، ومع هـٰذا لا يحمد التسارع إليه ؛ فقد كان الصحابة رضي الله عنهم ـ مع مشاهدتهم الوحي ـ يحيل بعضهم علىٰ بعض في الفتوىٰ ، ويحترز عن استعمال الرأي والقياس ما أمكن ، وقد أطال المصنف هنا في « الروضة » في صفات المفتي والمستفتي .

فرع :

لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدون ، وإذا دونت المذاهب . . فهل يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلىٰ مذهب؟ الأصح : الجواز كما لو قلد في القبلة هـٰذا أياماً وهـٰذا أياماً .

ولو قلد مجتهداً في مسائل وآخر في مسائل أخرىٰ واستوى المجتهدان عنده أو خيرناه . . فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز ، كما أن الأعمىٰ إذا قلنا : لا يجتهد في الأواني والثياب . . له أن يقلد في الثياب واحداً وفي الأواني آخر ؛ لـٰكن الأصوليون منعوا منه للمصلحة .

وقال أبو إسحاق : إذا اختار من كل مذهب ما هو أهون . . فسق به ، وعن ابن أبي هريرة : لا يفسق .

قال : (**ويندب للإمام إذا ولىٰ قاضياً أن يأذن له في الاستخلاف**) ؛ ليكون أسهل له وأسرع إلىٰ فصل الخصومات ، ويتأكد ذلك عند اتساع الخطة وكثرة الرعية واتساع العمل .

قال الماوردي : وإذا قلده بلداً وسكت عن ذكر ضواحيها ، فإن جرى العرف

فَإِنْ نَهَاهُ . . لَمْ يَسْتَخْلِفْ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . ٱسْتَخْلَفَ فِيمَا لاَ يَقْدِرُ عَلَيْهِ لاَ فِي غَيْرِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَشَرْطُ ٱلْمُسْتَخْلَفِ كَٱلْقَاضِي ، . . . .

بإفرادها عنها . . لم تدخل في ولايته ، وإن جرىٰ بإضافتها . . دخلت ، وإن اختلف العرف . . روعي أكثرهما عرفاً ، فإن استوىٰ . . روعي أقربهما عهداً .

قال : (**فإن نهاه . . لم يستخلف**) ؛ لأنه لم يرض بنظر غيره .

فإن كان ما فرضه إليه لا يمكنه القيام به . . قال القاضي أبو الطيب : كان النهي كالعدم .

قال الرافعي : والأقرب أحد أمرين : إما بطلان التولية وبه قال ابن القطان ، وإما اقتصاره على الممكن وترك الاستخلاف ، قال المصنف : وهو أرجحهما .

قال : (**وإن أطلق . . استخلف فيما لا يقدر عليه**) ؛ لأن العرف يقتضيه فحملت التولية عليه .

قال : (**لا في غيره في الأصح**) ؛ لأن العرف لا يقتضيه .

والثاني : يستخلف في الجميع كالإمام ، واختاره ابن أبي عصرون ؛ لأن الإمام لما ولاه . . صار ناظراً للمسلمين ، فله الاستنابة فيما له التصرف فيه كالإمام .

كل هـٰذا في الاستخلاف العام ، أما الأمور الخاصة كتحليف وسماع بينة . . فقطع القفال بجوازه للضرورة ، ومقتضىٰ كلام الأكثرين أنه على الخلاف .

ومحل الخلاف عند الإطلاق في العجز المقارن ، أما الطارىء كما لو مرض أو أراد أن يغيب عن البلد لشغل . . فيجوز له الاستخلاف قطعاً ، قاله في « التهذيب » ، ولا يأتي هـٰذا في حالة النهي .

قال ابن سريج : ولو جعل لرجل التزويج والنظر في أمر اليتامىٰ . . لم يكن له أن يستنيب فيه ، ونقله الرافعي عنه في (فصل العزل) وأقره ، فليس للعاقد ولا لناظر الأيتام الاستنابة فيما فوض إليهما .

قال : (**وشرط المستخلف كالقاضي**) ؛ لأنه فرعه فاشترط فيه ما اشترط فيه .

ويؤخذ من هـٰذا : أن له أن يستخلف أباه وابنه ، وبه صرح الماوردي والبغوي

إِلاَّ أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ ـ كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ ـ فَيَكْفِي عِلْمُهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ، وَيَحْكُمُ بِٱجْتِهَادِهِ أَوِ ٱجْتِهَادِ مُقَلَّدِهِ إِنْ كَانَ مُقَلِّداً ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ خِلاَفَهُ . . . .

وغيرهما ، كما أن للإمام أن يستخلف في أعماله من يرى من أولاده ، ومحل جواز استخلاف الولد أو الوالد إذا ثبتت عدالته عند غيره ، لٰكن يستثنىٰ من ذلك إذا فوض الإمام إليه اختيار قاض . . فإنه لا يختار ولده كما لا يختار نفسه .

قال : (**إلا أن يستخلف في أمر خاص ـ كسماع بينة ـ فيكفي علمه بما يتعلق به**) ، ولا تشترط فيه رتبة الاجتهاد ، كذا نقله الرافعي هنا عن الجويني وغيره ، وجزم في الكلام على التزكية بأنه إذا نصب حاكماً في الجرح والتعديل . . تعتبر فيه صفات القضاء .

وإذا جوزنا الاستخلاف فاستخلف حنفياً أو مالكياً أو بالعكس . . فالمشهور : الجواز[1] .

قال : (**ويحكم باجتهاده أو اجتهاد مقلده**) أي : بفتح اللام (**إن كان مقلداً**) ؛ لأنه إنما يحكم بما يعتقده .

قال : (**ولا يجوز أن يشرط عليه خلافه**) ؛ لأنه لا يعتقد ذلك .

والمراد : إذا شرط على النائب المجتهد أن يخالف اجتهاده ويحكم باجتهاد المنيب . . لم يجز ، وكذا إذا جاز تولية المقلد للضرورة . . فاعتقاد مقلده في حقه كاجتهاد المجتهد لا يجوز أن يشترط عليه الحكم بخلافه .

فلو خالف وشرط القاضي الحنفي علىٰ نائبه الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة . .

---

(١) في هامش (ت) : (وهٰذا حكم منه بصحة الاستخلاف ، لٰكن قال الماوردي وصاحبا « المهذب » و« التهذيب » وغيرهم : ولو قلد الإمام رجلاً القضاء علىٰ أن يقضي بمذهب عيَّنَه . . يبطل التقليد ، ومقتضىٰ هٰذا : بطلان الاستخلاف هناك .
وفي « فتاوى القاضي حسين » : أن الإمام الحنفي لو ولىٰ شافعياً بشرط ألا يقضي بشاهد ويمين ولا علىٰ غائب . . صحت التولية ولغا الشرط ، فيقضي ما أدىٰ إليه اجتهاده ، ومقتضىٰ هٰذا : أن لا يراعى الشرط هناك » اهـ كلام « الروضة » [١١/ ١٢٠] ، ومقتضاه : أن الأكثرين على البطلان ، ولم يتعرض له الشارح ، وقوله ـ أي : القاضي حسين ـ: لو شرط عليه ؛ أي : الإمام . . شرط على المولىٰ أن القاضي شرط علىٰ من استخلفه) .

قال في « الوسيط » : له الحكم بالمسائل التي اتفق عليها المذهبان فقط .

وسئل الدامغاني عن حنفي ولىٰ شافعياً علىٰ أن يحكم بمذهب أبي حنيفة هل يصح؟ قال : نعم ؛ لأن القاضي أبا حازم ولى ابن سريج ببغداد علىٰ أن لا يقضي إلا بمذهب أبي حنيفة فالتزمه .

وفي « فتاوي القاضي حسين » : لو شرط عليه أن لا يقضي بشاهد ويمين ولا غائب . . لغا الشرط وقضىٰ باجتهاده .

قال : (**ولو حكم خصمان رجلاً في غير حَقِّ الله تعالىٰ . . جاز**) ؛ ففي « سنن البيهقي » [١٠/١٤٥] : أن عمر وأبي بن كعب تحاكما إلىٰ زيد بن ثابت في نخل ، وعثمان وطلحة إلىٰ جبير بن مطعم [٥/٢٦٨] ، وعمر والعباس إلىٰ أبي بن كعب في أرض بالقرب من المسجد ، ولم ينكر ذلك أحد .

واستدل الرافعي بقوله صلى الله عليه وسلم : « من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل . . فعليه لعنة الله »(١) .

ولو لم يكن لحكمه اعتبار ولزوم . . لما كان لهـٰذا التهديد معنىً ، والحديث غريب لا يعرف .

نعم ؛ روىٰ أبو داوود [٤٩١٦] والنسائي [٨/٢٢٦] وابن حبان [٥٠٤] والحاكم [١/٢٤] : أن هانئاً الحارثي لما قدم علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه . . سمعهم يكنونه بأبي الحكم ، فدعاه صلى الله عليه وسلم فقال : « إن الله هو الحكم ، وإليه الحكم ، فلِمَ تكنىٰ بذلك ؟! قال : إن قومي إذا اختلفوا في شيء . . أتوني فحكمت بينهم ، فرضي كلا الفريقين ، فقال عليه الصلاة والسلام : « ما أحسن هـٰذا! فما لك من الولد؟ » قال : شريح وعبد الله ومسلم ، قال : « من أكبرهم؟ » قال : شريح ، قال : « فأنت أبو شريح » ودعا له ولولده .

وكان شريح بن هانىء من أعيان أصحاب علي ، شهد معه حروبه كلها ، وعاش مئة وعشرين سنة .

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٤/ ١٨٥) .

مُطْلَقاً بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ ٱلْقَضَاءِ ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ يَجُوزُ ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ عَدَمُ قَاضٍ فِي ٱلْبَلَدِ ، وَقِيلَ : يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ قِصَاصٍ وَنِكَاحٍ وَنَحْوِهِمَا ، وَلاَ يَنْفُذُ حُكْمُهُ إِلاَّ عَلَىٰ رَاضٍ بِهِ ، فَلاَ يَكْفِي رِضَا قَاتِلٍ فِي ضَرْبِ دِيَةٍ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ ، . . . .

أما حدود الله تعالىٰ . . فلا يحكم فيها ؛ إذ ليس لها طالب معين ، ولأنها أمور خطرة فتناط بنظر الحكام ، وهـٰذا الاستثناء من زيادات « المنهاج » على « المحرر » ولا بد منه ، لـٰكن قوله : (خصمان) يوهم اعتبار الخصومة ، وليس كذلك ؛ فإن التحكيم يجري في النكاح ، فلو قال : اثنان . . كان أحسن .

وقوله : (رجلاً) يوهم عدم جواز اثنين .

وقال في « المطلب » : لو تحاكما إلى اثنين . . لم ينفذ حكم أحدهما حتىٰ يجتمعا .

قال : (**مطلقاً**) أي : سواء كان في الأموال أم غيرها ، وسواء كان هناك قاض أم لم يكن ، وسواء كان المحكم فيه قصاصاً أم نكاحاً أو غيرهما مما سيأتي .

قال : (**بشرط أهلية القضاء**) ؛ لأن ذلك منزل منزلة الحكم ، فإذا لم يكن أهلاً . . لم ينفذ حكمه اتفاقاً .

قال : (**وفي قول : لا يجوز**) ؛ لأن تقليد القضاء من مناصب الإمام فلا يثبت للآحاد ، ولأن في ذلك افتئاتاً على الإمام والحكام ، وإنما تحاكم عمر وعثمان مع خصميهما ؛ لأنهما إمامان فتحكيمهما تولية للحكم ، واختاره الإمام والغزالي .

قال : (**وقيل : يشترط عدم قاض في البلد**) ؛ لأن في جواز ذلك مع وجود القاضي تفويت الحكومات عليه .

قال : (**وقيل : يختص بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما**) كاللعان وحد القذف ؛ لأنها أمور خطرة فتناط بنظر القاضي ومنصبه .

والصحيح : لا فرق ؛ لأن من صح حكمه في المال . . صح في غيره كالمولّىٰ من جهة الإمام .

قال : (**ولا ينفذ حكمه إلا علىٰ راض به ، فلا يكفي رضا قاتل في ضرب دية علىٰ عاقلته**) إن لم يرضوا بحكمه ، ولا يكفي رضا القاتل .

فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ ٱلْحُكْمِ . . ٱمْتَنَعَ ٱلْحُكْمُ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ ٱلرِّضَا بَعْدَ ٱلْحُكْمِ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

وقيل : يكفي رضاه ، والعاقلة تبع له .

وخصه السرخسي بقولنا : تجب الدية على الجاني ، ثم تتحملها العاقلة ، فإن قلنا : تجب عليهم ابتداء . . اشترط رضاهم قطعاً ، واستحسنه الرافعي .

وما ذكره من اشتراط الرضا محله : إذا كان المحكم غير القاضي ، فلو كان أحد المتحاكمين القاضي نفسه . . فالمذهب أنه لا يشترط رضا الآخر ؛ لأن المحكم نائبه ، وهـٰذا حيث له أن يستنيب .

فروع :

ليس للمحكم الحبس على الأصح ، بل غايته الإثبات والحكم .

قال في « الوسيط » : وإذا حكم بشيء من العقوبات كالقصاص وحد القذف . . لا يستوفيه ؛ لأن ذلك خرم لأُبَّهة الولاية ، وإذا رفع حكمه إلى القاضي . . لم ينقضه إلا حيث ينقض حكم قاضي الإمام .

والراجح : أنه ليس له أن يحكم بعلمه ؛ لانحطاط رتبته .

وإذا ثبت الحق عند المحكم وحكم به أو لم يحكم . . فله أن يشهد علىٰ نفسه في المجلس خاصة ؛ لأن قوله بعد الافتراق لا يقبل كالقاضي بعد العزل ، قاله الماوردي .

وإذا تحاكم رجل وبكر إلىٰ فقيه ليزوجها منه وجوزنا التحكيم فيه فقال المحكم : حكمتني لأزوجك من هـٰذا فسكتت . . كان سكوتها إذناً كما لو استأذنها الولي فسكتت .

قال : (**فإن رجع أحدهما قبل الحكم . . امتنع الحكم**) ، حتىٰ لو أقام المدعي شاهدين فقال المدعىٰ عليه : عزلتك . . لم يكن له أن يحكم .

قال : (**ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر**) كحكم الحاكم .

والثاني : يشترط ؛ لأن رضاهما معتبر أولاً في ابتداء الحكم ، فكذلك في انتهائه .

وَلَوْ نَصَبَ قَاضِيَيْنِ بِبَلَدٍ وَخَصَّ كُلاًّ بِمَكَانٍ أَوْ زَمَنٍ أَوْ نَوْعٍ . . جَازَ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَخُصَّ فِي ٱلْأَصَحِّ ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ ٱجْتِمَاعَهُمَا عَلَى ٱلْحُكْمِ . . . .

قال : (**ولو نصب قاضيين ببلد وخص كلاً بمكان أو زمن أو نوع**) بأن جعل أحدهما يحكم في الأموال والآخر في الدماء والفروج .

قال : (. . **جاز**) ؛ لأن الضرورة قد تدعو إلىٰ ذلك ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً وأبا موسىٰ حاكمين إلى اليمن ، وأردفهما بعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم .

قال ابن كج : وكذا لو ولاهما علىٰ أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمان إليه .

فإن شرط عليهما الاجتماع في الحكم . . لم يجز ، قال ابن الرفعة : بالاتفاق ؛ لأن اختلاف الاجتهاد غالب ، والتقليد ممتنع ، فيؤدي إلىٰ بقاء الخصومات واستمرار المنازعات .

قال : (**وكذا إن لم يخص في الأصح**) كما إذا عمم ؛ لأنهما كالوكيلين والوصيين .

والثاني : لا يجوز كالإمامة العظمىٰ ، وصححه الإمام والغزالي وابن أبي عصرون ، ونقله مجلي عن الأصحاب ، فعلىٰ هـٰذا : إن ولاهما معاً . . بطلت ولايتهما ، أو متعاقبين . . صحت تولية الأول دون الثاني .

قال : (**إلا أن يشترط اجتماعهما على الحكم**) فإنه لا يجوز ؛ لأن بذلك يكثر الخلاف في مواقع الاجتهاد فتتعطل الحكومات .

فرعان :

أحدهما : تولية القضاء تنعقد بما تنعقد به الوكالة ، وهو المشافهة باللفظ ، والمراسلة والمكاتبة عند الغيبة .

وصريح اللفظ : وليتك القضاء ، واستخلفتك واستنبتك ، واقض بين الناس ، أو احكم ببلد كذا .

. . . .

والكنايات : اعتمدت عليك في القضاء ، أو فوضته إليك ، أو أسندت .

وعند المشافهة يشترط القبول على الفور ، وفي المراسلة والمكاتبة لا يشترط الفور .

وسبق في (الوكالة) خلاف في اشتراط القبول ، وفي الفور يأتي مثله هنا .

والثاني : إذا خلا الزمان عن إمام وعن سلطان ذي كفاية . . فأطلق الإمام في « الغياثي » أن الأمور موكولة إلى العلماء ، ويلزم الأمة الرجوع إليهم ، ويصيرون ولاة العباد ، فإن عسر جمعهم علىٰ واحد . . استقل أهل كل ناحية باتباع علمائهم ، فإن كثر علماء ناحية . . فالمتبع أعلمهم ، فإن استووا واتفقوا علىٰ أحدهم . . فذاك ، وإن تنازعوا . . أقرع .

تتمة :

يجب على الإمام نصب قاض في كل بلدة وناحية خالية عن قاض ، فإن عرف حال من يوليه عدالة وعلماً . . فذاك ، وإلا . . أحضره وجمع بينه وبين العلماء ؛ ليعرف علمه ، ويسأل عن سيرته جيرانَه وخلطاءه .

فلو ولىٰ من لا يعرف حاله . . لم تنعقد توليته وإن علم بعد ذلك كونه بصفة القضاء .

وما ذكروه من عدم الصحة قد استشكل قديماً ؛ لأنه قد تبين اجتماع الشروط حالة الولاية ، وليس هو مما تعتبر فيه النية حتىٰ يقال : إنه أقدم عليه متردداً فلا يصح كما لو اقتدىٰ بمن بان رجلاً ، بل هـٰذا نظير البيع والنكاح والإجارة وغيرها من العقود المستجمعة للشروط في نفس الأمر لا في ظن العاقد .

وقد أجابوا في جميعها بالصحة كما إذا باع مال أبيه علىٰ ظن حياته ، بل هـٰذه أولىٰ بالصحة ؛ لظنه هناك عدم وجود الشروط ، لأن الفرض أنه ظنه لغيره ، وهـٰهنا لم يظن شيئاً .

والجواب : أن تولية الحاكم حكم بأهلية المولَّىٰ ، وليس للحاكم أن يحكم إلا بعد

فَصْلٌ :

جُنَّ قَاضٍ ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ، أَوْ عَمِيَ ، أَوْ ذَهَبَتْ أَهْلِيَّةُ ٱجْتِهَادِهِ وَضَبْطِهِ بِغَفْلَةٍ أَوْ نِسْيَانٍ . . لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ ، . . . .

قيام المستند ، حتىٰ لو حكم ثم قامت بينة بعد ذلك علىٰ وفق الحكم . . لم يكن ذلك الحكم نافذاً .

ويجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلىٰ والي الإقليم وأمير البلد وإن لم يكن المجعول إليه صالحاً للقضاء ؛ لأنه سفير محض .

قال : (**فصل :**

جن قاض ، أو أغمي عليه ، أو عمي ، أو ذهبت أهلية اجتهاده وضبطه بغفلة أو نسيان . . لم ينفذ حكمه) ؛ لأن القضاء عقد جائز ، ولهـٰذا له عزل نفسه ، وللإمام عزله .

وقيل : لا يبطل به وإن بطلت الوكالة به ؛ لأنه أقوىٰ منها ، حكاه في « البحر » وضعفه ، والذي جزم به الرافعي والمصنف في الإغماء حكاه الروياني وجهاً وضعفه واستبعده ، والقول بعدم انعزاله وجه محكي في (الوكالة) ، وفي الحكمين في الشقاق ، وقد حكاه الرافعي فيه ، ولم يحكه في (القضاء) ، والقضاء أقوى من الوكالة وأولىٰ بعدم الانعزال ، كما قاله في « البحر » .

واختار الشيخ عدم الانعزال بالإغماء ، وأنه لا يسلب الولايات ؛ لأنه مرض يطرأ ويزول ، وقد تقدمت الإشارة إلىٰ ذلك في بابي (الوكالة) (والقراض) .

وينبغي أن يفصل بين أن يطول زمنه فينعزل به ، أو لا فلا يوثر كالنوم .

وأما العمىٰ . . ففيه الوجه الشاذ الذي تقدم ، وفي معناه الخرس والصمم ، وذهاب أهلية الاجتهاد والضبط ؛ فإنه ركن في القضاء .

وهل العمىٰ إذا عرض سالب للولاية أو مانع؟ فيه وجهان اختلف في تصحيح ما يترتب عليهما ، فصححوا عود ولايته إذا شفي ، وصححوا فيما إذا عمي بعد الدعوىٰ عنده وسماع البينة نفوذَ قضائه على المتحاكمين المعروفين ، فحينئذ تستثنىٰ هـٰذه من إطلاق المصنف .

وَكَذَا لَوْ فُسِّقَ فِي ٱلْأَصَحِّ ، فَإِنْ زَالَتْ هَـٰذِهِ ٱلْأَحْوَالُ . . لَمْ تَعُدْ وِلَايَتُهُ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلِلْإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ ظَهَرَ مِنْهُ خَلَلٌ ، . . . .

ومراده بعدم نفوذ حكمه : انعزاله كما صرح به الأصحاب .

قال : (**وكذا لو فسق في الأصح**) ؛ لوجود المنافي .

والثاني : ينفذ حكمه كالإمام الأعظم والمسألة تقدمت في (الوصايا) .

وقال الماوردي والروياني : إن أصر على الفسق . . انعزل ، وإن أقلع بتوبة ومعصية خفية . . لم ينعزل .

قال : (**فإن زالت هـٰذه الأحوال . . لم تعد ولايته في الأصح**) كالوكالة ، ولأن الشيء إذا . . بطل لم ينقلب إلى الصحة بنفسه وإن زال المانع كالبيع ونحوه .

والثاني : تعود من غير استئناف ؛ لأن التولية الأولى اقتضت دوام الولاية ، فإذا وجد المانع ثم زال . . وجب العود ؛ لمقتضى السبب الأول .

وفي « أمالي السرخسي » : القطع بأن الإغماء إذا زال . . تعود الولاية ، بخلاف الجنون .

ولو ارتد ثم أسلم . . لم تعد ولايته قطعاً .

ويجري الخلاف في الوصي وقيم الحاكم ، بخلاف الأب والجد ؛ لقوة ولايتهما .

ولو زالت أهلية الناظر المشروط في أصل الوقف ثم عادت . . عادت ولايته جزماً كما أفتىٰ به المصنف ؛ لقوته ، إذ ليس لأحد عزله ولا الاستبدال به .

ولو أخبر الإمام بموت القاضي أو جنونه أو فسقه فولىٰ غيره ثم بان خلافه . . لم يقدح ذلك في ولاية الثاني .

وإذا أنكر كونه قاضياً . . نقل في « البحر » عن جده أنه ينعزل ، وأقره ابن الرفعة عليه ، ويشبه أن يقال : إن كان له غرض في ذلك . . لم ينعزل ، وإلا . . انعزل كالوكيل .

ولو سافر القاضي سفراً طويلاً بغير إذن الإمام . . لم ينعزل بذلك .

قال : (**وللإمام عزل قاض ظهر منه خلل**) ؛ لأنه يجب عليه أن ينظر للمسلمين بالمصلحة ، وهـٰذا عين المصلحة .

. . . .

ففي « سنن أبي داوود » : أن النبي صلى الله عليه وسلم عزل إماماً كان يصلي بقوم ويبصق في القبلة ، وقال : « لا يصلي بهم بعدها أبداً » وإذا ثبت هـٰذا في إمامة الصلاة . . فالقاضي أولىٰ .

قال في « الوسيط » : وتكفي فيه غلبة الظن ، وبه جزم في « الشرح الصغير » .

ومن غلبة الظن : كثرة شكوىٰ رعيته، وكراهيتهم له ، فقد عزل عمر سعداً عن الكوفة لما شكوه إليه ، واعتذر عن عزله ، وأدخله عند موته في الستة الذين جعل الأمر شورىٰ بينهم وقال : (إني لم أعزله لعجز ولا خيانة) رواه البخاري في (باب مناقب عمر) .

قال الشيخ عز الدين : ومن دقيق النظر الذي لا يفهمه إلا مثل عمر رضي الله عنه من إقامة حقوق الله وحقوق المسلمين : أن عمر عزل خالد بن الوليد عن قنسرين ، وأشخصه إلى المدينة لما بلغ عمر إضافة الناس الفتوح إلىٰ خالد ، ونسوا إضافة ذلك إلى الله تعالىٰ ، فعزله خوفاً على المسلمين من ذلك .

لـٰكن في « مسند أحمد » [٣/٤٧٥] في عزله سبب آخر غير هـٰذا ، أخرجه عن ناشرة بن سمي اليزني[١] قال : سمعت عمر بن الخطاب يقول في خطبته : (إني أعتذر إليكم من خالد بن الوليد ، إني أمرته أن يحبس هـٰذا المال علىٰ ضعفة المهاجرين فأعطاه ذا البأس وذا الشرف وذا اللسان ، فنزعته وأمرت أبا عبيدة ، فقال أبو عمرو بن حفص : والله ما عدلت! نزعت عاملاً استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وغمدت سيفاً سله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ووضعت لواء نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له عمر : إنك حديث السن مغضب في ابن عمك) .

وفي « أمالي ابن عبد السلام » : يجب العزل مع الريبة ؛ دفعاً للمفسدة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من ولي من أمور المسلمين شيئاً ثم لم يجتهد لهم ولم

---

(١) في هامش (ز) : (ناشرة بن سمي ، روىٰ له الشافعي ، وهو مصري أدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو تابعي ثقة) .

أَوْ لَمْ يَظْهَرْ وَهُنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ أَوْ مِثْلُهُ وَفِي عَزْلِهِ بِهِ مَصْلَحَةٌ كَتَسْكِينِ فِتْنَةٍ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، لَـٰكِنْ يَنْفُذُ ٱلْعَزْلُ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

ينصح . . فالجنة عليه حرام »[1] .

قال : (**أو لم يظهر وهناك أفضل منه**) ؛ لما في ذلك من تحصيل مصلحة زائدة .

قال : (**أو مثله**) وكذا دونه (**وفي عزله به مصلحة كتسكين فتنة**) هـٰذا قيد في المثل لا في الأفضل ، وقيده في « المحرر » بعدم الفتنة في عزله أيضاً فقال : أو مثله وفي عزله به للمسلمين مصلحة ، وليس في عزله فتنة .

قال : (**وإلا . . فلا**) أي : وإن لم تكن فيه مصلحة . . فليس له عزله .

وشملت عبارة المصنف مسألتين :

إحداهما : أن لا تكون في عزله مصلحة .

والثانية : أن يكون الموجود دون المتولي فلا يجوز العزل فيهما .

هـٰذا ظاهر كلامه ، وسوىٰ في « الروضة » و« الشرحين » بين المثل والدون فقال : وإن كان مثله أو دونه ، فإن كان بالعزل به مصلحة من تسكين فتنة ونحوها ولو علىٰ سبيل الاحتمال . . فللإمام عزله ، فإن لم تكن فيه مصلحة . . لم يجز .

ونقل في « الشرح الكبير » هـٰذا التفصيل عن الإمام ، وجزم به في « الروضة » و« الشرح الصغير » .

كل هـٰذا إذا وجد من يصلح للقضاء ، وإلا . . لم يجز عزل الصالح ، ولا ينعزل بالعزل .

قال : (**لـٰكن ينفذ العزل في الأصح**) ؛ للمصلحة وطاعة السلطان .

والثاني : لا ؛ لأنه لا خلل في الأولىٰ ، فلا خلل في عزله .

ونقل ابن أبي الدم طريقة ثالثة : أنه ينعزل قولاً واحداً .

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ١٦٠) بنحوه ، والطبراني في « الصغير » (٤٦٥) والخطيب في « تاريخ بغداد » (٨/ ٤٧٢) .

تنبيه :

سكوت المصنف عن العزل بعزل نفسه يوهم أنه لا ينعزل بذلك ، والذي جزم به الشيخان : أن للقاضي أن يعزل نفسه كالوكيل .

وقال الماوردي في « الإقناع » : لا ينعزل إلا بإذن من ولاه ؛ لأنه لم يول نفسه فلم يجز أن يعزلها .

وفي « البحر » و« الحاوي » : إن كان معذوراً . . جاز اعتزاله ، وإلا . . فلا بد من إعلام الإمام واستعفائه .

وقال القاضي شريح : إن لم يتعين عليه . . انعزل[١] ، وإن تعين . . لم ينعزل[٢] بعزل نفسه في أظهر الوجهين ، وبهـٰذا جزم ابن عبد السلام .

هـٰذا في الأمر العام ، أما الوظائف الخاصة كالإمامة والأذان والتصوف[٣] والتدريس والطلب والنظر ونحوه . . فلا ينعزل أربابها بالعزل من غير سبب كما أفتىٰ به كثير من المتأخرين ، منهم قاضي القضاة تقي الدين بن رزين والشيخ ؛ فقالا : من ولي تدريساً . . لم يجز عزله بمثله ولا بدونه ، ولا ينعزل بذلك ، ولا شك في التحريم .

وفي « الروضة » في آخر (باب الفيء) : أنه إذا أراد ولي الأمر إسقاط بعض الجند المثبتين في الديوان بسبب . . جاز ، وبغير سبب . . لا يجوز .

وإذا ثبت هـٰذا في الحقوق العامة . . ففي الخاصة أولىٰ ، وقد قالوا : إن الفقيه لا يزعج من بيت المدرسة ، لثبوت حقه بالسبق .

قال : (**والمذهب : أنه لا ينعزل قبل بلوغه خبر عزله**) ؛ لعظم الضرر بنقض الأحكام وفساد الأنكحة وإبطال التصرفات العامة ، بخلاف الوكيل .

وقيل : علىٰ قولين كالوكيل ، لـٰكن يستثنىٰ من هـٰذا ما إذا علم الخصم أنه

---

(١) في هامش (ز) : (معتمد) .

(٢) في هامش (ز) : (معتمد) .

(٣) كذا في النسخ ، ولعل الصواب : (والتصرف) . انظر « مغني المحتاج » (٤/ ٥١٠) .

وَإِذَا كَتَبَ ٱلْإِمَامُ إِلَيْهِ : إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي فَأَنْتَ مَعْزُولٌ ، فَقَرَأَهُ . . ٱنْعَزَلَ ، وَكَذَا إِنْ قُرِىءَ عَلَيْهِ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَٱنْعِزَالِهِ مَنْ أُذِنَ لَهُ فِي شُغْلٍ مُعَيَّنٍ كَبَيْعِ مَالِ مَيْتٍ ، وَٱلْأَصَحُّ : ٱنْعِزَالُ نَائِبِهِ ٱلْمُطْلَقِ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي ٱلِاسْتِخْلَافِ ، . . . . .

معزول . . فلا ينفذ حكمه عليه ؛ لعلمه أنه غير حاكم باطناً ، ذكره الماوردي في (النكاح)[1] .

فإن رضيا بحكمه . . كان كالتحكيم بشرطه ، ولم يتعرضوا لما يحصل به بلوغ الخبر ، وينبغي إلحاق ذلك بخبر التولية ، بل أولىٰ حتىٰ يعتبر شاهدان ، وتكفي الاستفاضة .

قال : (**وإذا كتب الإمام إليه : إذا قرأت كتابي فأنت معزول ، فقرأه . . انعزل**) ؛ لوجود القراءة ، ولا ينعزل قبل القراءة قطعاً .

واحترز المصنف بقوله : (إذا قرأه) عما إذا كتب إليه : عزلتك أو أنت معزول من غير تعليق على القراءة . . فإنه كما لو عزله بلفظه ، ففيه الطريقان[2] .

قال : (**وكذا إن قرىء عليه في الأصح**) ؛ لأن الغرض إعلامه ، سواء كان قارئاً أو أمياً وجوزناه .

والثاني : لا ينعزل ؛ لأنه علقه علىٰ أمر لم يوجد ، والانعزال في الأمي أولىٰ .

والظاهر : أنه تكفي هـٰهنا قراءة موضع العزل فقط لا جميع الكتاب ، ولا يأتي فيه الخلاف السابق في الطلاق فيما إذا ذهب بعضه أو انمحق .

قال : (**وينعزل بموته[3] وانعزاله من أذن له في شغل معين كبيع مال ميت**) كالوكيل ؛ فإنه ينعزل بموت الموكل ، وكذا بيع مال غائب أو سماع بينة في حادثة معينة .

قال : (**والأصح : انعزال نائبه المطلق إن لم يؤذن له في الاستخلاف**) ؛ لأن

---

(١) في هامش (ز) : (هـٰذا الاستثناء ضعيف ، والصحيح : أنه ينفذ حكمه مطلقاً حتىٰ يبلغه الخبر) .

(٢) في هامش (ص) : (أي : المتقدمان) .

(٣) في هامش (ز) : (وينعزل نواب القاضي بموته وإن لم يبلغهم الخبر ، فلو تعاطوا أحكامهم بعد موته وقبل علمهم به . . لا تنفذ وتكون باطلة) .

أَوْ قِيلَ لَهُ : ٱسْتَخْلِفْ عَنْ نَفْسِكَ ، أَوْ أَطْلَقَ ، فَإِنْ قَالَ : ٱسْتَخْلِفْ عَنِّي . . فَلاَ . وَلاَ يَنْعَزِلُ قَاضٍ بِمَوْتِ ٱلإِمَامِ ، . . . .

الاستخلاف هٰهنا لحاجته إلىٰ من يعاونه في العمل وقد زال بزوال ولايته .

قال : (**أو قيل له : استخلف عن نفسك ، أو أطلق**) ؛ لظهور غرض المعاونة ، وبطلانها ببطلان ولايته .

قال : (**فإن قال : استخلف عني . . فلا**) ؛ لأنه مأذون من جهة الإمام ، وكان الأول سفيراً محضاً في التولية .

والثاني : ينعزل مطلقاً كما ينعزل الوكيل بموت الموكل .

والثالث : لا مطلقاً ؛ رعاية لمصلحة الناس .

والرابع : إن استخلف بالإذن . . لم ينعزل ، وإلا . . انعزل .

والخامس : إن كان المولي قاضي القضاة . . لم ينعزل بموته وعزله من ولاَّه ، قاله الماوردي .

فرع :

تنازع خصمان في الحضور إلى الأصل والنائب ، طلب أحدهما الرفع إلى الأصل والآخر إلى النائب . . قال في « الحاوي » : إن كان القاضي يوم الترافع ناظراً . . فالداعي إليه أولىٰ بالإجابة من الداعي إلىٰ نائبه ؛ لأنه الأصل ، وإن كان الناظر نائبه . . فالداعي إليه أولىٰ ؛ لأنه أعجل .

وقال الإمام والغزالي : يجاب الداعي إلى الأصل مطلقاً .

قال : (**ولا ينعزل قاض[1] بموت الإمام**) أي : ولا بانعزاله ؛ لأن الإمام يعقده للمسلمين ، فإذا مات . . لم يبطل ما عقده لغيره ، كولي المرأة إذا زوجها ثم مات . . لم يبطل النكاح .

---

(١) في هامش (ز) : (ولو قاضي ضرورة إلا أن يكون هناك غيره مجتهد ورجي توليته ؛ فإنه ينعزل وإن لم تُرج توليته ، فلا ينعزل ؛ لأن وجوده كالعدم) .

وَلاَ نَاظِرُ يَتِيمٍ وَوَقْفٍ بِمَوْتِ قَاضٍ ، وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ بَعْدَ عَزْلِهِ : حَكَمْتُ بِكَذَا ، فَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرَ بِحُكْمِهِ . . لَمْ يُقْبَلْ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، أَوْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ جَائِزِ ٱلْحُكْمِ . . قُبِلَتْ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

وحكم من ولاه الإمام حكماً عاماً يختص بمصالح الولاية كالقاضي ، وذلك كنظر الجيوش والحسبة ووكالة بيت المال ، فلا ينعزل متولي ذلك بموت الإمام .

وقد غلط بعض الفقهاء فأفتىٰ بعزل وكيل بيت المال بعزل السلطان ظناً منه أنه كالوكيل ينعزل بموت الموكل ، والصواب : عدم انعزاله ؛ لأنه ليس وكيلاً عنه ، بل متولياً كالحاكم .

قال : (**ولا ناظر يتيم ووقف بموت قاض**) ؛ لئلا تنسد أبواب المصالح ، وجعلهما الغزالي كالخلفاء .

قال : (**ولا يقبل قوله بعد عزله : حكمت بكذا**) ؛ لأنه لا يملك الحكم حينئذ فلا يقبل إقراره به .

قال : (**فإن شهد مع آخر بحكمه . . لم يقبل على الصحيح**) ؛ لأنه يشهد بفعل نفسه .

والثاني : يقبل ؛ لأنه لم يجر لنفسه بذلك نفعاً ولم يدفع ضرراً .

ومحل الخلاف في غير الإقرار ، فإذا شهد أنه أقر في مجلس حكمه . . قبلت شهادته قطعاً ؛ لأنه لم يشهد علىٰ فعل نفسه .

قال الماوردي : ولا يحتاج في هـٰذا الإقرار إلى استرعاء ؛ لأن الإقرار في مجلس الحكم استرعاء ، فإن أراد أنه يقبل مع شاهد آخر أو مع يمين المدعي . . فواضح ، وإن أراد أنه يقبل وحده مع إلزام الحكم . . ففيه نظر .

قال : (**أو بحكم حاكم جائز الحكم . . قبلت في الأصح**) كما تقبل شهادة المرضعة كذلك .

والثاني : المنع ؛ لأنه قد يريد نفسه وكما لا يجوز لشاهد الفرع إبهام شاهد الأصل وإن وصفه بالعدالة وزكَّاه .

وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ قَبْلَ عَزْلِهِ : حَكَمْتُ بِكَذَا ، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحَلِّ وِلاَيَتِهِ . . فَكَمَعْزُولٍ . . . .

وهل الوجهان في الكتاب فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يعني نفسه فإن علم . . فكما لو أضاف إلىٰ نفسه ، أو هما إذا علم ، وإلا . . قبل قطعاً؟ فيه احتمالان للرافعي ، صحح المصنف الأول .

قال : (**ويقبل قوله قبل عزله : حكمت بكذا**) ؛ لقدرته على الإنشاء حينئذ ، حتىٰ لو قال علىٰ سبيل الحكم : نساء[1] هـٰذه القرية طوالق من أزواجهن . . قبل قوله من غير حجة .

وعن مالك : لا يقبل قوله إلا بحجة بينة .

ورد بولي البكر المجبر إذا قال : زوجتها من هـٰذا . . فإنه يقبل بالإجماع ، ففرق مالك بأن ولي البكر غير متهم ؛ لتمام شفقته ، بخلاف الحاكم .

قال الشيخ عز الدين : وقول مالك متجه .

قال : (**فإن كان في غير محل ولايته . . فكمعزول**) ؛ لأنه ليس له إنشاء الحكم ثَمَّ ، فلا يقبل إقراره .

والمراد بـ(محل ولايته) : بلد قضائه[2] .

وظن بعضهم أنه لا ينفذ حكمه في غير مجلسه المعد للحكم ، وهو خطأ صريح نبه عليه ابن الصلاح والمصنف في « الطبقات » .

وقوله : (كمعزول) يفهم أن الولاية ليست ثابتة له في هـٰذه الحالة ، ويؤيده أن الواحد من العصبات لا يسمىٰ ولياً في النكاح قبل الإذن حقيقة ، لـٰكن كلام الإمام مصرح بأن الولاية ثابتة ، وإنما تعذر شرط نفوذ الحكم ، ولهـٰذا إذا عاد . . لا يحتاج إلىٰ تولية جديدة .

---

(١) في هامش (ز) : (هـٰذا إذا كن محصورات) .
(٢) في هامش (ز) : (قوله : « بلد قضائه إلخ » المراد : البلد وأطرافها ولو كان خارج المصر حيث كانت عمارات متصلة ، بخلاف البساتين والمزارع) .

وَإِذَا ٱدَّعَىٰ شَخْصٌ عَلَىٰ مَعْزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرَشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَبْدَيْنِ مَثَلاً . . أُحْضِرَ وَفُصِلَتْ خُصُومَتُهُمَا ، وَإِنْ قَالَ : حَكَمَ بِعَبْدَيْنِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَالاً . . أُحْضِرَ . وَقِيلَ : لاَ حَتَّىٰ تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، . . . .

قال : (**وإذا ادعىٰ شخص علىٰ معزول أنه أخذ ماله برشوة**[1] **أو شهادة عبدين مثلاً**) أي : أو غيرهما ممن لا تقبل شهادته .

قال : (. . **أحضر وفصلت خصومتهما**) ؛ لأن هـٰذا كالغصب ، وله أن يوكل ولا يحضر ، فإذا حضر أو وكيله . . استؤنفت الدعوىٰ .

وإنما يجب إحضاره إذا ذكر شيئاً يقتضي المطالبة شرعاً كما مثله المصنف ، فلو طلب إحضاره إلىٰ مجلس الحكم ولم يعين شيئاً . . لم يجب إليه ؛ إذ قد لا يكون له حق ، وإنما قصد ابتذاله بالخصومة .

و(الرشوة) مثلثة الراء : عطية بشرط أن يحكم له بغير حق ، أو يمتنع عن الحكم عليه بحق ، بخلاف الهدية ؛ فإنها عطية مطلقاً .

وأول من ارتشىٰ في الأحكام يرفأ حاجب عمر ، فلما علم به . . عزله .

قال : (**وإن قال : حكم بعبدين ، ولم يذكر مالاً . . أحضر**) ؛ ليجيب عن دعواه كما لو طلب إحضار غيره ، كذا صححه في « الروضة » ، ولم يطلقه في « أصلها » ، بل نقله عن الروياني وغيره ، وظاهر ما في « الصغير » و« المحرر » ترجيح الوجه الثاني ؛ إذ قال في « المحرر » : رجحه مرجحون ، وفي « الشرح الصغير » رجحه البغوي ، ولم يتعرض فيهما لترجيح الأول .

قال في « الدقائق » : وليس ما في « المنهاج » مخالفاً لما في « المحرر » ؛ لأنه لا يمنع أن الأول رجحه آخرون أو الأكثرون ، قال : وقد صحح هو الأول في « الشرح » ، وصححه آخرون . اهـ

وليس في « الشرحين » هـٰهنا إلا ما تقدم من الإغراء .

قال : (**وقيل : لا حتىٰ تقوم بينة بدعواه**) ؛ لأن الظاهر جريان حكمه على الصواب ، واختاره الشيخ .

---

(١) في هامش (ز) : (أي : علىٰ سبيل الرشوة كما في « المحرر » وغيره . مجلي) .

فَإِنْ حَضَرَ وَأَنْكَرَ . . صُدِّقَ بِلاَ يَمِينٍ فِي ٱلأَصَحِّ . قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : بِيَمِينٍ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوِ ٱدُّعِيَ عَلَىٰ قَاضٍ جَوْرٌ فِي حُكْمٍ . . لَمْ يُسْمَعْ ، وَيُشْتَرَطُ بَيِّنَةٌ ، . . . .

قال : (**فإن حضر وأنكر . . صدق بلا يمين في الأصح**) واستحسنه الرافعي في « الكبير » ، ورجحه في « الصغير » أيضاً ، وصححه الشيخ في « الحلبيات » ؛ لأنه أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال بالمنازعات الباطلة كالمودع .

قال : (**قلت : الأصح : بيمين والله أعلم**) ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « واليمين علىٰ من أنكر » واختاره العراقيون والروياني ، ولا فرق في ذلك بين أن يدعي عليه الحكم في مال أو دم .

ثم إن المصنف خالف هـٰذا في « الروضة » في (الدعاوىٰ) ، فصحح في الباب الثالث : أن القاضي المعزول لا يحلف ، وهو الصواب ؛ فقد نص عليه الشافعي كما نقله شريح الروياني في « روضته » ، والعموم مخصوص بالمعنىٰ كما خصت الملامسة بالمحارم ، فإن اليمين إنما توجهت على المنكر لاتهامه بدفع الضرر عن نفسه ، وهو منتف عن القاضي ؛ لأنه أمين الشرع فلا تتطرق إليه تهمة ، وأحكامه الأصل فيها السداد حتىٰ يقوم دليل علىٰ خلافه .

هـٰذا فيمن عزل مع بقاء أهليته أما من ظهر فسقه وجوره وعلمت خيانته . . فالظاهر أنه يحلف قطعاً ، ولا يأتي فيه خلاف .

والدعوىٰ علىٰ نائب المعزول كالدعوىٰ على المعزول ؛ لانعزاله بعزله على الأصح ، وأما أمناؤه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة إذا حوسب بعضهم فبقي عليه شيء فقال : أخذت هـٰذا المال أجرة علىٰ عملي ، وصدقه المعزول . . لم ينفعه تصديقه ، ويسترد منه ما يزيد علىٰ أجرة المثل .

قال : (**ولو ادعي علىٰ قاضٍ**) أي : في حال ولايته (**جور في حكم . . لم يسمع ، ويشترط بينة**) ؛ لأنه لو فتح باب التحليف . . لتعطل القضاء ، وعلله الشيخ بأن القاضي نائب الشرع ، والدعوىٰ على النائب دعوىٰ على المستنيب ، والدعوىٰ على الشرع لا تسمع .

وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِحُكْمِهِ. . حَكَمَ بَيْنَهُمَا خَلِيفَتُهُ أَوْ غَيْرُهُ .

فَصْلٌ :

لِيَكْتُبِ ٱلإِمَامُ لِمَنْ يُوَلِّيهِ ، . . . .

فإن فرض إقامة بينة عادلة. . فقد خرج عن إنابة الشرع ، فتسمع إذ ذاك كما أن المعزول ليس نائباً للشرع الآن .

وكذلك الشاهد إذا ادعي عليه أنه شهد بالزور وأريد تحليفه كما سيأتي في كلام المصنف في (الدعوىٰ) .

وعن الشيخ أبي حامد : أن قياس المذهب التحليف في الجميع كسائر الأمناء إذا ادعيت خيانتهم .

قال : (**وإن لم تتعلق بحكمه. . حَكَمَ بينهما خليفتُه أو غيره**) ؛ لأجل فصل الخصومة .

تتمة :

إذا لم يتظلم متظلم على القاضي المعزول. . لم يجب على المولىٰ تتبع أحكامه ، وفي جوازه وجهان :

أحدهما : نعم احتياطاً .

والثاني ـ وهو الذي يظهر من جزم « الروضة » ـ : لا ؛ لأنه قدح فيه ، ولأن الظاهر منها السداد ، فإن ظهر له فيها المخالفة ، فإن تعلقت بحق الله كطلاق وعتق. . قال القاضي أبو الطيب : فسخها ، وإلا. . لم يتعرض لها ؛ لأن لها مستحقاً معيناً .

هـٰذا في أحكام الصالح للقضاء ، أما من لا يصلح. . فتنتقض أحكامه كلها ، أصاب فيها أم أخطأ ؛ لأنه حكم من لا يجوز حكمه فأشبه أحكام بعض الرعية من غير تحكيم ، كذا صرح به طوائف من العراقيين .

قال : (**فصل :**

ليكتب الإمام لمن يوليه) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم كتاباً حين بعثه إلى اليمن وهو ابن سبع عشرة سنة ، رواه أصحاب السنن .

. . . .

وكتب لحبان الصدائي ، رواه أحمد مطولاً [١٦٨/٤] ، وابن أبي شيبة مختصراً وكتب لوائل بن حجر[١] .

وكتب أبو بكر لأنس حين بعثه إلى البحرين ، وختمه بخاتم النبي صلى الله عليه وسلم ، رواه البخاري في (الزكاة) [٣١٠٦] .

وروىٰ حارثة بن مضرب : أن عمر رضي الله عنه كتب إلىٰ أهل الكوفة : أما بعد : فإني بعثت إليكم عماراً أميراً وعبد الله بن مسعود قاضياً ووزيراً ، فاسمعوا لهما وأطيعوا ؛ فقد آثرتكم بهما[٢] .

وقال القفال الشاشي : ينبغي أن يتخذ الإمام لنفسه نسخة منه ؛ ليتذكر بها إن نسي أنه ولاه .

ويستحب أن يعظه فيه ، وأن يوصيه بتقوى الله ، والعمل بما في العهد ، ومشاورة أهل العلم ، وتفقد الشهود والأطفال وغير ذلك .

وفي معنى الإمام : القاضي الكبير إذا استخلف في أعماله البعيدة .

وينبغي للقاضي أن يتصفح كل ما يكتب عنه ؛ لاحتمال أن يصحف عليه الكاتب شيئاً .

وإتيان المصنف بـ(لام الأمر) يقتضي وجوب الكتابة ، وليس كذلك بالاتفاق ، بل هو مستحب ، ولهٰذا لم يكتب النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل ، بل اقتصر علىٰ وصيته .

ويستحب أن يقرأ عليه عهد عمر الذي كتبه إلىٰ أبي موسىٰ ، رواه أحمد والدراقطني [٢٠٦/٤] والبيهقي [١٣٥/١٠] .

قال الشيخ أبو إسحاق في « الطبقات » : وهو من أجل كتاب ؛ فإنه بين فيه آداب القضاء وصفة الحكم وكيفية الاجتهاد واستنباط القياس ، ولفظه :

---

(١) البيهقي في « الشعب » (١٤٣٣) وذكره ابن سعد في « الطبقات الكبرىٰ » (١/ ٢٨٧) .
(٢) الحاكم (٣/ ٣٨٨) والطبراني في « الكبير » (٩/ ٨٦) .

« أما بعد : فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا ولي إليك ؛ فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له .

آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك ؛ حتىٰ لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك .

البينة على المدعي واليمين علىٰ من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً .

ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ؛ فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة ، ثم اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك ، واعمد إلىٰ أقربها إلى الله وأشبهها بالحق ، واجعل للمدعي أمداً ينتهي إليه ، فإن أحضر بينة . . أخذت له بحقه ، وإلا . . استحلت عليه القضية ؛ فإنه أنفىٰ للشك وأجلىٰ للعمىٰ .

المسلمون عدول بعضهم علىٰ بعض إلا مجلوداً في حد ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو ظنيناً في ولاء أو نسب ، فإن الله تعالىٰ تولىٰ منكم السرائر ، ودرأ بالبينات والأيمان .

وإياك والقلق والضجر والتأذي بالخصوم والتنكر عند الخصومات ؛ فإن الحق في مواطن الحق يعظم الله به الأجر ، ويجزل عليه الذخر ، فمن صحت نيته وأقبل علىٰ نفسه . . كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تخلق للناس بما يعلم الله أنه ليس من نفسه . . شانه الله ، فما ظنك بثواب غير الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام .

قال : (**ويشهد بالكتاب شاهدين**) سواء قرب محل الولاية أم بعد ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ، فيقرآنه أو يقرأه الإمام عليهما .

فإن قرأه غير الإمام . . فالأحوط أن ينظرا فيه ، ولو أشهدهما ولم يكتب . . كفىٰ ؛ فإن الاعتماد على الشهود ، وهٰذه الشهادة ليست علىٰ قواعد الشهادات ؛ إذ ليس هناك

يَخْرُجَانِ مَعَهُ إِلَى ٱلْبَلَدِ يُخْبِرَانِ بِٱلْحَالِ ، وَتَكْفِي ٱلِاسْتِفَاضَةُ فِي ٱلْأَصَحِّ ، لاَ مُجَرَّدُ كِتَابٍ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

قاض تؤدىٰ عنده الشهادات ، بل يكفي إخبار محل أهل الولاية بها[1] .

قال : (**يخرجان معه إلى البلد يخبران بالحال**) ولا يشترط لفظ الشهادة ولا تقدم دعوىٰ .

وقال الماوردي : يشهدان عند أهل العمل ، فإذا شهدا . . لزمهم طاعته .

قال : (**وتكفي الاستفاضة في الأصح**) ؛ لأنها آكد من الشهادة ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الخلفاء الراشدين الإشهاد .

والثاني ـ وبه قال أبو إسحاق ـ : لا بد من الإشهاد ؛ لأن العقود لا تثبت بالاستفاضة كالبيع والوكالة والإجارة .

ومحل الخلاف في البلد القريب ، ومنهم من أطلقه كما فعل المصنف .

قال الرافعي : ويشبه أن لا يكون في هـٰذا خلاف، ويكون التعويل على الاستفاضة .

قال : (**لا مجرد كتاب على المذهب**) ؛ لإمكان تحريفه ، قال تعالىٰ : ﴿ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا ﴾ ، ولأن الخط لا يعتمد في كثير من الأحكام .

والطريقة الثانية حاكية لوجهين .

وجه القبول : عدم الجرأة في مثل ذلك على الإمام ، وصححه الهروي والجاجرمي .

وخص الإمام والغزالي موضع الخلاف بظهور مخايل الصدق في الكتابة ، فإن تجرد عن ذلك . . لم يكف قطعاً .

وذكر المصنف في زوائد « الروضة » و« شرح المهذب » أنه يجوز الاعتماد في الفتوىٰ علىٰ خط المفتي إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه ، أو كان يعرف خطه ولم يشك فيه ، وينبغي اعتباره هنا أيضاً .

---

(١) في هامش (ز) : (أي : أهل الحل والعقد لا جميعهم ، هـٰذا إن لم يكن هناك قاض آخر ، فإن كان هناك قاض آخر . . فلا بد من الدعوىٰ والشهادة وثبوت ذلك عنده) .

وأفهم كلام المصنف أنه لا يكفي مجرد إخبار القاضي لهم ، ولا خلاف في ذلك إن لم يصدقوه ، فإن صدقوه.. ففي لزوم طاعته عليهم وجهان في « الحاوي » ، وقياس ما سبق في (الوكالة) أنه تلزمهم طاعته ؛ فإن الإمام لو أنكر توليته.. كان القول قوله .

قال : (ويبحث[1] **القاضي عن حال علماء البلد وعدوله**) ؛ لأنه لا بد له منهم ، فندب تقديم العلم بهم ، وهـٰذا قبل خروجه ، فإن لم يتيسر.. سأل في الطريق ، فإن لم يجد.. فحين يدخل ، يسأل عنهم سراً وعلانية ليعاملهم إذا دخل عليهم بما يليق بهم ؛ ففي الناس بر وفاجر ، وأمين وخائن ، اللهم إلا أن يكون يعلم بحالهم .

نصيحة :

قال الشيخ : ينبغي للقاضي أن لا يغفل عن ثلاثة أمور : مراقبة الله تعالىٰ في الإخلاص ، والنبي صلى الله عليه وسلم في أنه لا يدخل في شريعته ما ليس منها ، وعباد الله أجمعين في أنه لا يحصل لأحد منهم أذى من جهته إلا إذا وجب عليه بالشرع شيء ، فيكون فعله تنفيذاً لحكم الشرع لا من جهة نفسه .

ولا يعجل بمدح ولا ذم ، ولا قول ولا فعل ، ولا يسمع من أحد في أحد حتىٰ يتروىٰ .

وإذا قيل له في أحد شيء فطباع البشر التأثر.. فيمسك نفسه ويصبر حتىٰ ينظر في ذلك القول إذا خلي وحده ، ويحاسب نفسه مع ربه ، ويعرض ما هَمَّ به على الشرع المبين .

ويجرد نفسه عن الغرض ، ويفعل ذلك مرة بعد مرة ، فإذا تبين له أمر.. أقدم عليه .

وفي « كامل ابن عدي » وغيره عن الحسن : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يأخذ أحداً بقرف أحد ، ولا يسمع كلام أحد في أحد .

---

(١) في هامش (ز) : (ندباً) .

وقال الزبيلي في « أدب القضاء » : يجب علىٰ من ولي القضاء أن يذكر مقامه بين يدي الله تعالىٰ يوم يدعىٰ للحساب .

وقال محمد بن واسع : أول من يدعىٰ للحساب يوم القيامة القضاة .

وقال عبد الله بن وهب : العلماء يحشرون مع الأنبياء والقضاة مع السلاطين . ولذلك لما عرض عليه القضاء . . جنن نفسه ولزم بيته ، وقرىء عليه كتاب « أهوال يوم القيامة » فخر مغشياً عليه ، ولم يتكلم حتىٰ مات في اليوم الثالث في سنة تسع وتسعين ومئة .

قال : (**ويدخل يوم الإثنين**) ؛ ففي « البخاري » [٣٩٠٦] : أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فيه حين تعالى النهار .

فإن فاته . . فيوم الخميس ؛ لما روى ابن ماجه [٢٢٣٧] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم ؛ بارك لأمتي في بكورها يوم الخميس » .

ويستحب أن يكون دخوله أول النهار ؛ للحديث المذكور ، وكذلك كل من له وظيفة كقراءة أو تسبيح أو اعتكاف ونحوها من العبادات ، أو صنعة أو عمل من الأعمال ، أو أراد سفراً أو إنشاء أمر كعقد نكاح ؛ لما روى الأربعة[1] وأحمد [٣/٤١٧] عن صخر بن وداعة الغامدي[2] ـ بالغين المعجمة والدال المهملة ، ولا يعرف له غير هـٰذا الحديث ـ : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث سرية أو جيشاً . . بعثهم أول النهار ، وكان صخر رجلاً تاجراً ، وكان إذا بعث تجارة . . بعثها أول النهار ، فأثرىٰ وكثر ماله .

---

(١) أبو داوود (٢٥٩٩) ، والترمذي (١٢١٢) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٨٧٨٢) ، وابن ماجه (٢٢٣٦) .

(٢) في هامش (د) : (روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : « اللهم ؛ بارك لأمتي في بكورها » قال الترمذي : هـٰذا حديث حسن ، ولا يعرف لصخر عن النبي صلى الله عليه وسلم غير هـٰذا الحديث ، قال المصنف رضي الله عنه : وقد روىٰ عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثاً آخر وهو قوله : « لا تسبوا الأموات فتؤذوا الأحياء » [طب ٨/٢٥]) .

وَيَنْزِلُ وَسَطَ ٱلْبَلَدِ ، وَيَنْظُرُ أَوَّلاً فِي أَهْلِ ٱلْحَبْسِ ـ فَمَنْ قَالَ : حُبِسْتُ بِحَقٍّ . . أَدَامَهُ ، . . . .

قال : (**وينزل وسط البلد**) ؛ لئلا يطول الطريق علىٰ بعضهم ، ويجمع الناس ، ويقرأ عليهم العهد ، ويتسلم المحاضر والسجلات من القاضي الذي كان قبله ليحفظها علىٰ أربابها ، ويتسلم منه أموال الأيتام والضوال والوقوف وغيرها .

قال : (**وينظر أولاً في أهل الحبس**) ؛ لأنه عذاب ، وإدامته بلا سبب لا سبيل إليها .

قال الرافعي : وهٰذا مستحب ، وقال الإمام : واجب ، وليس هٰذا من تعقب أحكام القاضي الأول حتىٰ يجب فيه الاستعداء ، بل لأنه قد يكون فيه مظلوم لا يتمكن من التظلم .

وكيفية النظر أن يبعث أمينين أو أميناً وشاهدين ليكتبا أسماء من فيه وأسماء من حبسهم وفي أي شيء حبسوا ، ويقرع الأمين بينهم ، فمن خرجت قرعته قدم اسمه ثم يقدمه في النظر في أمره ، وإذا نظر في الأيتام . . قدم من شاء .

والفرق أن المحابيس ينظر لهم ، والأيتام ينظر عليهم ، وموضع البداءة بهٰذا وما بعده إذا لم يزاحمه حق يعظم الضرر بتأخيره من خصوم حضروا ، أو فصل معضلة أشكلت علىٰ من قبله ، أو حفظ ما أشرف على الضياع ليتيم لا قيم له ونحو ذلك ، فالبداءة به متعينة ، وكلام الأصحاب محمول على الحالة الأولىٰ .

قال : (**فمن قال : حبست بحق . . أدامه**) ؛ لأنه يستحقه ، وهٰذا ليس علىٰ إطلاقه ، بل إن كان حداً . . أقامه عليه وأطلقه .

وإن كان تعزيراً . . فقال الغزالي : يطلقه الثاني ، ولم يتعرض الجمهور لهٰذا .

فإن بانت خيانته عند الثاني ورأىٰ إدامة حبسه . . فالقياس الجواز .

قال ابن الصلاح : كلام الغزالي محمول علىٰ ما إذا كان فيما مضىٰ من حبسه كفاية في تعزيره .

وجزم الماوردي والروياني بأنه يحبسه وإن لم يكمل مدة الحبس في نظر الأول ؛ لأن القاضي الثاني لا يعزر لذنب غيره .

أَوْ ظُلْماً . . فَعَلَىٰ خَصْمِهِ ٱلْحُجَّةُ ، فَإِنْ كَانَ غَائِباً . . كَتَبَ إِلَيْهِ لِيَحْضُرَ ـ ثُمَّ ٱلأَوْصِيَاءِ ، فَمَنِ ٱدَّعَىٰ وِصَايَةً . . سَأَلَ عَنْهَا وَعَنْ حَالِهِ . . . .

وإن كان حبس بمال . . أمر بأدائه ، فإن ادعى الإعسار . . فعلىٰ ما سبق في (التفليس) ، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره . . رد إلى الحبس ، وإن أدىٰ أو ثبت إعساره . . نودي عليه ؛ لاحتمال خصم آخر ، فإن لم يحضر أحد . . أطلق .

قال : (**أو ظلماً . . فعلىٰ خصمه الحجة**) ويكون القول قول المحبوس بيمينه .

لـم يخلـق الله محبـوسـاً تسـائلـه ... مـا بـال حبسـك إلا قـال مظلـومـا[1]

فإن اعترف الخصم بالظلم أو كان القاضي يعلمه . . أطلقه .

وحيث أطلق من ادعىٰ أنه حبس ظلماً . . لم يطالب بكفيل على الأصح .

قال : (**فإن كان غائباً . . كتب إليه**[2] **ليحضر**) لفصل الخصومة بينهما ، فإن قال : لا خصم لي أو لا أعلم كيف حبست . . نودي عليه لطلب الخصم ، فإن لم يحضر أحد . . حلف وأطلق .

قال : (**ثم الأوصياء**) وكذا أولياء المجانين والسفهاء ؛ لأن الوصي يتصرف في حق من لا تمكنه المرافعة والمطالبة كالأطفال وأصحاب الجهات العامة ، وإنما ينظر في الأوصياء بعد ثبوت الوصاية عنده بطريقه .

هـٰذا إذا كان الأيتام في عمله ، فإن كانوا في غيره والأوصياء والمال في عمله . . فالأصح عند الشيخين في آخر (باب القضاء على الغائب) : أن الاعتبار بمكان الطفل لا المال ، ومال إليه الإمام ، وصححه ابن أبي الدم ، وهو أحد جوابي القاضي حسين .

قال : (**فمن ادعىٰ وصاية . . سأل عنها**) أي : حال الوصية ، وهل لها حقيقة أو لا؟

قال : (**وعن حاله**) بالنسبة إلى الأمانة والكفاية .

---

(١) البيت من البسيط .
(٢) في هامش (ز) : (أي إلىٰ قاضي البلد التي هو فيها) .

وَتَصَرُّفِهِ ، فَمَنْ وَجَدَهُ فَاسِقاً . . أَخَذَ ٱلْمَالَ مِنْهُ ، أَوْ ضَعِيفاً . . عَضَدَهُ بِمُعِينٍ ، وَيَتَّخِذُ مُزَكِّياً وَكَاتِباً ، . . . .

قال : (**وتصرفه**) فإن قال : فرقت ما أوصىٰ به ، فإن كان لمعين . . لم يتعرض له ، أو لجهة عامة وهو عدل . . أمضاه ، أو فاسق . . ضمنه .

قال : (**فمن وجده فاسقاً . . أخذ المال منه**) ، وكذا لو شك في عدالته في أحد الوجهين .

قال : (**أو ضعيفاً . . عضده بمعين**) ؛ لأن ذلك من المصالح العامة ، وكذلك إذا كان المال كثيراً لا يمكن الواحد حفظه والتصرف فيه ، فإن أقام الوصي بينة أن القاضي قبله . . نفذ وصايته ، وقبل تصرفه . . قرره .

ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على الأطفال وتفرقة الوصايا ، فمن تغير بفسق أو غيره . . صرفه ، وإلا . . أبقاه .

ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين عليها ، وفي اللقط والضوال ، ويقدم من ذلك الأهم فالأهم .

قال : (**ويتخذ مزكياً**) يعرفه حال من يجهل عدالته من الشهود ؛ لأنه لا يمكنه البحث عنهم ، وستأتي صفة المزكي في الفصل الآتي .

وإفراده المزكي أراد به الجنس ، وكان حقه أن يقول : مزكين ، لـٰكنه إنما لم يذكره لأنه يوجد من شرط التعديل كما سيأتي .

قال : (**وكاتباً**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان له كُتَّاب فوق الأربعين ، ذكر السهيلي منهم ثلاثة وعشرين ، منهم الخلفاء الأربعة ، وذكر أبو نعيم وابن منده منهم السجل .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٩٢٨] في (كتاب الخراج) : كان السجل كاتباً لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال ابن دحية : كان يكتب له ثم تنصر ، فأظهر الله لنبيه صلى الله عليه وسلم فيه معجزة ، وهو أنه لما دفن . . لفظته الأرض ولم تقبله .

وفي « صحيح البخاري » في (باب علامات النبوة) [٣٦١٧] عن أنس : أن رجلاً كان نصرانياً فأسلم ، وقرأ البقرة وآل عمران ، وكان يكتب للنبي صلى الله عليه

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِماً ، عَدْلاً ، عَارِفاً بِكِتَابَةِ مَحَاضِرَ وَسِجِلاَّتٍ ، . . . .

وسلم ، فعاد نصرانياً ، فأماته الله فدفنوه ، فأصبح وقد لفظته الأرض .

وأفرد المصنف الكاتب ؛ ليعلم أنه لا يشترط فيه العدد ، بل يتخذ ما تقع الكفاية به واحداً أو جماعة ، والأولىٰ أن يقتصر علىٰ واحد إن حصلت الكفاية به .

قال الماوردي : وللكاتب أن يتخذ كاتباً كما يجوز للقاسم أن يتخذ قاسماً .

قال : (**ويشترط كونه مسلماً**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ ﴾ الآية ، وقد تقدم في (قسم الفيء والغنيمة) حديث أبي موسىٰ وغيره .

وجزم في « التنبيه » والمحاملي في « التجريد » بالجواز ؛ لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضي ثم يمضيه ، والمشهور الأول ، ولا يأتي هـٰذا الوجه إذا كان القاضي أمياً .

قال الشافعي : ولا ينبغي لقاض ولا وال أن يتخذ كاتباً ذمياً ، ولا يضع الذمي في موضع يفضل به مسلماً ، فيعز بالمسلمين أن تكون لهم حاجة إلىٰ غير أهل دينهم ، والقاضي أقل الخلق في هـٰذا عذراً .

قال : (**عدلاً**) ؛ لأن القاضي قد يغفل عما يكتبه ، فإذا كان فاسقاً . . لم تؤمن خيانته .

والثاني ـ وبه جزم في « التنبيه » وأقره عليه في « التصحيح » ـ : الاستحباب .

قال : (**عارفاً بكتابة محاضر وسجلات**) ؛ ليعلم صحة ما يكتبه من فساده .

و(المحاضر) جمع محضر بفتح الميم ، وهو : ما يكتب فيه ما جرىٰ للمتحاكمين في المجلس وحجتهما ، فإن كتب مع ذلك تنفيذ الحكم . . سمي سجلاً .

ولا ينبغي التخصيص بهما ، بل سائر الكتب الحكمية كذلك .

وأهمل المصنف اشتراط الحرية ؛ لدخولها في وصف العدالة ، واعترض عليه بأن العدالة لا تنافي الرق ، وأيضاً فقد جمع بينهما في المترجم كما سيأتي فدل علىٰ عدم الدخول .

كل هـٰذا فيما يتعلق بالحكم ، فإن أراد أن يستكتب في خاصة نفسه . . جاز له أن يستكتب من شاء .

وَيُسْتَحَبُّ فِقْهٌ ، وَوُفُورُ عَقْلٍ ، وَجَوْدَةُ خَطٍّ ، ....

قال : (**ويستحب فقه**) ؛ لئلا يؤتىٰ من قبل الجهل .

والمراد به : الفقه في أحكام الكتابة ، ومعرفة شروط المحاضر والسجلات ، واستعمال الألفاظ الموضوعة لها ، والتحرز من الألفاظ المجملة .

قال : (**ووفور عقل**) ؛ لئلا يدلس عليه ، وجزم الماوردي والقاضي أبو الطيب باشتراطه .

ويستحب فيه أيضاً أن يكون ذا عفة عن الطمع ، لا يستمال بهدية .

قال : (**وجودة خط**) ؛ ليزين ما يكتبه ، وذلك بأن يكون ضابطاً للحروف وما يحصل بسببه الاشتباه .

قال علي رضي الله عنه : الخط الحسن يزيد الحق وضوحاً .

قال الرافعي : والأولىٰ أن يجلسه القاضي بين يديه ، وقال الماوردي وغيره : عن جهة يساره ؛ ليشاهد ما يكتبه .

ويستحب أن يكون حاسباً ؛ لأنه يحتاج إلى الحساب في كتب المقاسمات والمواريث ، وأن يكون فصيحاً عارفاً بلغات الخصوم ، قوي الخط ، قائم الحروف ، عالماً بمواضع التدليس ، ضابطاً لا يلتبس في خطه تسعة بسبعة ولا خمسة عشر بخمسة وعشرين .

فائدة :

قوله تعالىٰ : ﴿ يَزِيدُ فِي ٱلْخَلْقِ مَا يَشَآءُ ﴾ : قيل : الخط الحسن ، وقيل : ملاحة العين .

وقال الجوهري : التواضع في الأشراف ، والسخاء في الأغنياء ، والتعفف في الفقراء .

وقال الزمخشري : الوجه الحسن ، والشعر الحسن ، وطول القامة ، والاعتدال والتمام في الأعضاء ، والقوة في البطش ، والحصافة في العقل ، والجزالة في الرأي ، وجرأة في القلب ، وسماحة في النفس ، وذلاقة في اللسان ، وإبانة في التكلم ،

وَمُتَرْجِماً ، وَشَرْطُهُ : عَدَالَةٌ ، وَحُرِّيَّةٌ ، وَعَدَدٌ ، . . . .

وحسن تأتٍّ في مزاولة الأمر ، وما أشبه ذلك مما لا يحيط به الوصف .

قال : (ومترجماً) ؛ لأن القاضي قد لا يعرف لسان الخصوم والشهود ، والمراد : يتخذه عارفاً باللغات التي يغلب وجودها في ذلك العمل .

فإن كان القاضي يعرف لغة الخصوم . . لم يتخذه .

واستدلوا لاتخاذ المترجم بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لزيد بن ثابت : « تعلم لغة العبرانية ؛ فإن اليهود يكتبون بها ، وما أحب أن يقف علىٰ كتبي كل أحد » قال : فتعلمتها في نصف شهر ، فكنت أقرأ كتبهم علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأكتب لهم ، رواه أبو داوود [٣٦٤٠] والحاكم في (كتاب الأيمان) من « مستدركه » [٧٥/١] وقال : صحيح الإسناد ، والبخاري تعليقاً بصيغة جزم[١] .

وهل أجرة المترجم علىٰ صاحب الحق أو في بيت المال؟ فيه وجهان : أقربهما الثاني .

وعلى الأول : أجرة من يترجم للمدعي . . عليه ، ومن يترجم للمدعى عليه . . عليه[٢] .

و(الترجمان) جمعه تراجم ، كزعفران جمعه زعافر ، وجعل الجوهري تاءه زائدة فذكره في رجم ، والمعروف أنها أصلية ، فكان حقه أن يذكرها في بابها .

قال : (**وشرطه : عدالة ، وحرية ، وعدد**) ؛ لأنه ينقل إلى القاضي قولاً لا يعرفه فأشبه المزكي والشاهد ، بخلاف الكاتب ؛ فإنه لا يثبت شيئاً .

وحكىٰ في « الذخائر » تبعاً للإمام وجهاً : أنه يكفي واحد ، واختاره ابن المنذر ؛ لحديث زيد بن ثابت ، وأشار الإمام إلىٰ تخصيص الخلاف بما إذا كان يحضره من يعرف لسانهما .

فلو كان الخصمان أعجميين وليس هناك غيرهما . . فالوجه القطع باشتراط العدد .

وزاد في « المحرر » اشتراط التكليف ، وأسقطه المصنف ؛ لدخوله في شرط العدالة ، وشرط الماوردي انتفاء التهمة ، فلا تقبل ترجمة الوالد والولد كما لا تقبل

---

(١) كتاب الأحكام ، باب ترجمة الحكام وهل يجوز ترجمان واحد .

(٢) في (د) و(ص) : (وعلى الأول : أجرة من يترجم للمدعى عليه ومن يترجم للمدعي عليه) .

شهادتهما ، وهو ظاهر إن كانت الترجمة عن القاضي بالحكم لأبيه أو ابنه ، أو عن الخصم بما يتضمن حقاً لأبيه أو ابنه ، فإن كانت بما يتضمن حقاً عليهما . . فلا يظهر ؛ لامتناعه وجه .

والمراد بـ(العدد) : أقل الأعداد ، فإن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين . . قبلت الترجمة من رجل وامرأتين ، خلافاً للإمام .

وفي الزنا هل يشترط أربعة أو يكفي رجلان؟ قولان كالشهادة على الإقرار ، وهل يكفي للخصمين اثنان أو يجب لكل منهما اثنان؟ قولان كشهود الفرع .

وعلم من اشتراط العدد اشتراط لفظ الشهادة ، وهو كذلك .

وأشار الرافعي تفقهاً إلىٰ جريان الوجه الآتي في المسمع هنا حتىٰ يكتفىٰ بلفظ الخبر ، وقد صرح بنقله الماوردي وضعفه .

هٰذا في نقلهما من الخصوم إلى القاضي ، أما نقلهما عن القاضي إلى الخصوم . . فقال الماوردي : إن المغلب عليه الخبر ؛ لأن الشهادة لا تكون إلا عند قاض فيكفي فيها الواحد حراً كان أو عبداً ، ولا يشترط العدد ، وفي كلام القاضي ما يوافقه ، وهو ظاهر .

قال : (**والأصح : جواز أعمىً**) ؛ لأن الترجمة تفسير للّفْظ فلا يحتاج إلىٰ معاينة وإشارة ، بخلاف الشهادة .

والثاني : لا يجوز كالشاهد ، فالذي صححوه هنا غلبوا فيه شائبة الرواية ، وهو مخالف ما سبق من اشتراط العدالة والحرية من تغليب الشهادة .

قال : (**واشتراط عدد في إسماع قاض به صمم**) كالمترجم .

والثاني : لا ؛ لأن المسمع لو غيَّر . . أنكر عليه الخصم والحاضرون ، بخلاف المترجم .

والثالث : إن كان الخصمان أصمين . . اشترط ، وإن كانا سميعين . . فلا .

والمراد هنا : صمم يسمع معه برفع الصوت ، وإلا . . استحالت المسألة ؛ إذ لا تصح ولايته .

هـٰذا كله في إسماع كلام الخصم القاضي ، أما إسماع ما يقوله القاضي وما يقوله الخصم . . فلا يشترط فيه العدد ، قاله القفال ؛ لأنه إخبار محض .

ثم إذا اشترطنا العدد في المسمع . . اشترطنا لفظ الشهادة في الأصح ، وإذا لم نشترط العدد . . اشترطنا الحرية على الأصح كهلال رمضان .

وسكت المصنف عن أعوان القاضي ووكلائه ، واشترط الزبيلي فيهم العدالة والصدق .

وقال ابن أبي الدم : ينبغي أن يكونوا من ذوي الدين والعفة والأمانة والقنع والبعد عن الطمع .

واشترط شريح الروياني في الوكلاء مع ذلك أن يعرفوا طرفاً من الفقه .

وأجرة العون على الطالب إن لم يمتنع المدعى عليه من الحضور ، فإن امتنع . . فالأجرة عليه ؛ لأنه متعد بالامتناع عن الحضور ، فكانت كأجرة الحد تجب على المحدود .

قال : (**ويتخذ درة للتأديب**) ، قال ابن المنذر : روينا عن عمر أنه كانت له درة .

قال الشعبي : وهي أهيب من سيف الحجاج .

وفي « مرج البحرين » لابن دحية : أنه أول من اتخذها ، وأول من حملها ، وأول من ضرب بها ، لـٰكن روى البيهقي في « دلائله »[1] [٢٤٦/١] عن ميمونة بنت كردم ما يخالف ذلك .

و(الدِّرَّة) بكسر الدال المهملة وتشديد الراء معروفة ، ويقال لها : المخفقة[2] ، وفي حفظي من شيخنا رحمه الله : أن درة عمر كانت من نعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأنه ما ضرب بها أحداً علىٰ ذنب وعاد إليه .

وعبارة المصنف تفهم أنه لا يؤدب بالسوط ، وبه أجاب في « تتمة التتمة » ؛ لأن الضرب بالسياط من شأن الحدود ، والذي ادعاه غير مقبول ؛ فالمنصوص جواز الضرب بالسياط في غير الحدود .

---

(١) في النسخ : (لـٰكن روى البيهقي والنسائي في « دلائله ») ، وهو سبق قلم ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

(٢) في هامش (د) : (ويقال لها : العرقة) .

ويؤخذ من عبارة المصنف : أنه يؤدب من أساء الأدب في مجلسه بما يقتضيه اجتهاده ، وله أن يعزر اللدد في الخصومة ومن اجترأ عليه كقوله أنت : تجور أو تميل أو تظلم ، والأولىٰ أن يعفو عنه إن لم يحمل علىٰ ضعفه ، والتعزير أولىٰ إن حمل عليه .

وأما حكم شاهد الزور . . فتقدم في (فصل التعزير) .

فائدة :

لما ولي قاضي القضاة تقي الدين القشيري . . منع نوابه من ضرب المستترين بالدرة وقال : لا يجوز في هـٰذا الزمان ؛ لأنه صغار يعير به من يأتي من ذرية المضروب وأقاربه ، بخلاف أراذل الناس الذين لا يتأثرون بذلك .

قال : (**وسجناً لأداء حق وتعزير**) ؛ لأن عمر اشترىٰ داراً بأربعة آلاف وجعلها سجناً ، رواه عبد الرزاق [٩٢١٣] .

وفي « البخاري »[1] : بأربع مئة ، وحبس الحطيئة الشاعر لما هجا الزبرقان بن بدر بقوله [من البسيط] :

دع المكارم لا ترحل لبغيتها ... واقعد فإنك أنت الطاعم الكاسي

فسأل عمر حساناً ولبيداً فقالا : إنه هجاه ، فأمر به عمر فحبس في قعر بئر ، فمكث أياماً ، وكتب أبياته التي في « المهذب » وغيره ، ثم كلمه فيه عبد الرحمن بن عوف وعمرو بن العاصي حتىٰ أخرجه ، وهدده بقطع لسانه إن عاد يهجو أحداً ، ثم إنه اشترىٰ منه أعراض المسلمين بأربعة آلاف درهم .

وحبس عمر آخر ، فكتب إليه وهو في الحبس [من الرجز] :

يا عمر الفاروق طال حبسي ... وولَّ مني إخوتي وعرسي

في حدثٍ لم تقترفه نفسي ... والأمر أضوىٰ من شعاع الشمس[2]

---

(١) كتاب الخصومات ، باب الربط والحبس في الحرم تعليقاً .

(٢) في هامش (د) : (معناه : براءتي مما رميت به واضحة جلية لا خفاء بها) .

. . . .

وحبس صبيغاً اليمني حين سأله عن الذاريات والمرسلات والنازعات ، وضربه ونفاه إلى العراق ، وقيل : إلى البصرة .

وروي : أن علياً بنىٰ سجناً بالكوفة .

وقال بعض العلماء : إن النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر ما سجنا أحداً ، ولم يكن لهما سجن ، وجوابه : أن النبي صلى الله عليه وسلم سجن بالمدينة في تهمة دم ، رواه أبو داوود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة ، وقد تقدم في (باب كيفية القصاص) عند قول المصنف : (ويحبس القاتل) .

وروىٰ أبو داوود أيضاً : (أن النبي صلى الله عليه وسلم سجن رجلاً أعتق شركاً في عبد فوجب عليه استتمام عتقه حتىٰ باع غنيمة له) .

وروى ابن شعبان في كتابه : أنه صلى الله عليه وسلم حكم به .

وروى ابن القاص : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من بات في سجن ليلة مظلوماً . . خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » .

واستدل القرطبي بقوله تعالىٰ : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَوٰةِ ﴾ ، وبقوله صلى الله عليه وسلم : « لَيُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته » قال ابن المبارك : العقوبة : الحبس .

وتقدم في أول (باب الجنايات) عند قول المصنف : (ولو أمسكه فقتله آخر) : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أمسك الرجل الرجل حتىٰ قتله آخر . . يقتل القاتل ، ويصبر الممسك »[1] وروي : « وحبس الممسك »[2] وهو بمعناه .

ولما حبس الإمام أحمد . . قال له السجان : يا أبا عبد الله ؛ الحديث الذي يروىٰ في الظلمة وأعوانهم صحيح؟ قال : نعم ، قال : فأنا منهم ، قال أحمد : أعوانهم من

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤٠) .
(٢) أخرجها البيهقي (٨/ ٥٠) ، ومالك (٢/ ٨٧٣) ، وعبد الرزاق (١٧٨٩٤) .

. . . .

يأخذ شعرك ويغسل ثوبك ويصلح طعامك ، ويبيع ويشتري منك ، أما أنت . . فمن أنفسهم .

فروع :

قال الشافعي : إذا حبس القاضي المديون . . لا يغفل عنه ، بل يستكشف حاله ، فإن كان غريباً . . وكل به من يبحث عنه حتىٰ يظهر له أنه مفلس فيخليه ، ومن حبس في حق رجل ثم جاء آخر يدعي عليه . . أخرجه وسمع الدعوىٰ ثم رده ، ولا يتوقف ذلك علىٰ إذن غريمه .

وقال مالك : لا يجوز إخراجه لسماع الدعوىٰ عليه ؛ لما فيه من إسقاط حق الأول .

لنا : أنه توصل إلى الحقين .

وقال شريح[1] : لو أراد الزوج السفر بها فأقرت بدين لإنسان . . حبسها ومنعها من الخروج ، ولا يقبل قول الزوج : إن قصدها بذلك منع السفر .

والمخدرة تحبس كغيرها ، صرح به الزبيلي .

وقال العبادي : لا تحبس ، بل يوكل بها ، والأجرة عليها كأجرة السجان على المحبوس حيث لا مال في بيت المال .

وقال الزبيلي : لا يجوز أن يقفل على المحبوس باب الحبس نهاراً ، ولا أن يحبس في بيت مظلم ، وأن القاضي إذا خاف أن المحبوس يهرب من حبسه . . نقله إلىٰ حبس اللصوص ، ولو جن في الحبس أو مرض فيه ولم يجد من يخدمه . . أخرج .

وفي « فتاوى الشاشي » : يمنع من شم الريحان ونحوه إلا لمرض ؛ لأنه ترفه ، فإذا مات . . أخرج ودفع لأهله ليتولوه ، وليس لغرمائه منع دفنه ، فإن منعوه . . عزروا .

وقال الماوردي : لا يمنع من محادثة من يزوره إلا أن يرى القاضي ذلك .

---

(١) في (ت) و(د) : (قال ابن سريج . . .) .

وفي (تفليس « الروضة ») : أنه يمكن من عمل الصنعة على الأصح .

وتحبس المرأة عند نساء ثقاة ، أو ذي رحم محرم ، ولا تمنع من إرضاع ولدها في الحبس ، ويمنع الزوج منها ، قاله الماوردي والروياني وابن الرفعة .

قال الشيخ : وفيه نظر ، بل ينبغي أن لا يمنع ؛ لأنه حق واجب عليها ، أما المحبوس إذا دعا زوجته أو أمته . . لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال ، فإن امتنعت . . أجبرت الأمة ولم تجبر الزوجة .

وإن اقتضىٰ رأي الحاكم أن يمنع زوجته وأمته . . كان له ذلك ، هـٰذا هو المفتىٰ به في المسألة ، قاله الشيخ وغيره ، والمصنف ذكرها في أول (باب التفليس) ، ونقل فيها عن « فتاوى الغزالي » أن الأمر راجع إلىٰ رأي الحاكم ، وعن « فتاوى ابن الصلاح » : أن ذلك ممنوع .

وفي تقييد المحبوس إذا كان لجوجاً وجهان ، وفي « البحر » لا يمنع المحبوس من التطلع إلى الطريق من كوة ، وقد تقدم في (الجمعة) : أن المحبوس علىٰ حق لا يأثم بترك الجمعة إن كان معسراً ، ولا يلزمه الاستئذان للخروج .

وقال بعض الفقهاء : يلزمه أن يستأذن كل جمعة ، فإذا منع . . امتنع ؛ لأن أبا يعقوب البويطي كان إذا سمع النداء يوم الجمعة . . اغتسل ولبس ثيابه ومشىٰ إلىٰ باب السجن فيقول له السجان : أين تريد؟ فيقول له : أجيب داعي الله ، فيقول له : ارجع عافاك الله ، فيقول : اللهم ؛ إني قد أجبت داعيك فمنعوني ، وكذلك كان يفعل محمد بن سيرين لما حبس .

قال الخطيب : وكان سبب حبسه أنه اشترىٰ زيتاً بأربعين ألفاً ، فوجد في زق منه فأرة فقال : الفأرة كانت في المعصرة ، فصب الزيت كله ، وكان يقول : عيرت رجلاً بالفقر منذ ثلاثين سنة . . فعوقبت به بعد ذلك .

وإذا هرب المحبوس . . لا يلزم القاضي طلبه ، وللخصم طلبه ، فإذا أحضره . . سأله عن سبب هربه ، فإن تعلل بإعسار . . لم يعزره ، وإلا . . عزره .

ولو أراد مستحق الدين أن يلازمه بدلاً عن الحبس . . مكن ، إلا أن يقول : إنه تشق

وَيُسْتَحَبُّ كَوْنُ مَجْلِسِهِ فَسِيحاً ، بَارِزاً ، مَصُوناً مِنْ أَذَىٰ حَرٍّ وَبَرْدٍ ، لاَئِقاً بِٱلْوَقْتِ وَٱلْقَضَاءِ ، . . . .

عليه الطهارة والصلاة مع ملازمته ويختار الحبس . . فيجيبه .

وأجرة السجن على المحبوس ؛ لأنها أجرة المكان وهو الذي شغله ، وأجرة السجان علىٰ صاحب الحق إذا لم يتهيأ صرف ذلك من بيت المال .

قال : (**ويستحب كون مجلسه فسيحاً ، بارزاً ، مصوناً من أذىٰ حر وبرد**) ؛ لأن المجلس الضيق يتأذىٰ به الخصوم .

والمراد بـ(البارز) : أن يصل إليه كل أحد من قوي وضعيف ، و(صيانته من الحر والبرد) بأن يكون في الصيف في مهاب الرياح وفي الشتاء في كن .

قيل : خير المجالس ما سافر فيه النظر ، ولم يتأذ به الجليس إذا حضر .

قال : (**لائقاً بالوقت والقضاء**) هـٰذه من زياداته علىٰ « المحرر » ، وكأن المراد به : أنه يستحب جلوسه بمرتفع كدكة ونحوها ، ويوضع له فراش ووسادة ؛ ليعرفه كل داخل .

قال الماوردي : ويفعله وإن كان موصوفاً بالزهد والتواضع ؛ للحاجة إلىٰ قوة الرهبة والهيبة .

قال الشافعي : وحسن أن توطأ له الفرش والوسائد ؛ لأنه أرفق به وأهيب له .

قال الماوردي : ويجلس في صدر المجلس ، فلو خالف وجلس في بيته . . كره ، قاله في « المرشد » وغيره .

فإن جلس فيه لا للحكم فحضرت خصومة . . فلا بأس .

ويستحب أن يستقبل القبلة ؛ لأنها أشرف المجالس كما رواه الحاكم وصححه [٤/ ٢٧٠] ، وقيل : يستدبرها كالخطيب ، حكاه ابن أبي الدم .

ويكره له مد رجله والاتكاء ، ويستحب أن يدعو عقب جلوسه بالتوفيق والعصمة والتسديد .

والأولىٰ : ما روته أم سلمة : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج من بيته

. . . .

يقول : « اللهم ؛ إني أعوذ بك أن أزل أو أضل ، أو أظلم أو أظلم ، أو أجهل أو يجهل علي ، أو أعتدي أو يعتدىٰ علي » « اللهم ؛ أغنني بالعلم ، وزيني بالحلم ، وأكرمني بالتقوىٰ حتىٰ لا أنطق إلا بالحق ، ولا أقضي إلا بالعدل »[1] رواه الحاكم .

واستحب الماوردي والروياني أن يصلي قبل جلوسه ركعتين إن كان مسجداً تحية المسجد ، وإلا . . لم يصلهما في وقت الكراهة ، ويندب أن يأتي المجلس راكباً ويسلم على الناس يميناً وشمالاً ، قالا : وإذا كان القاضي زاهداً في الدنيا . . فذلك أعظم لهيبته ، وليستكمل ما جرت العادة به من العمامة والطيلسان ، وأن يضع بين يديه القمطر مختوماً ؛ ليجعل فيه المحاضر والسجلات ، وأن يكون مطرق الرأس عند دخول الخصوم ، مراعياً للوقار ، ولا يبدأ أحداً بكلام ولا سلام .

حكي أن المهدي أمير المؤمنين تقدم مع خصم له إلىٰ مجلس عبيد الله بن الحسن العنبري قاضي البصرة ، فلما رآه القاضي مقبلاً أطرق إلى الأرض حتىٰ جلس مع خصمه مجلس المتحاكمين ، فلما انقضى الحكم . . قام القاضي فوقف بين يديه ، فقال المهدي : (والله لو قمت حين دخلت إليك لعزلتك) وذلك لأن قيامه له قبل الحكم ميل ، وترك قيامه له بعد الحكم ترك حق الإمام .

قال الشافعي : وأحب أن لا يكون القاضي جباراً عنيفاً ، ولا مهيناً ضعيفاً .

وقال عمر : لا يصلح لأمور الأمة إلا رجل قوي من غير ضعف ، لا تأخذه في الله لومة لائم .

فرع :

إذا جلس للقضاء ولا زحمة . . كره له أن يتخذ حاجباً في الأصح ؛ لما روى الترمذي [١٣٣٢] عن عمرو بن مرة الجهني : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما

---

(١) هٰذان حديثان منفصلان ، الأول عند الحاكم (١/ ٥٠٩) ، والثاني حتىٰ قوله : « وأكرمني بالتقوىٰ » رواه الديلمي عن الحسين بن علي (١٩٠٦) ، والقزويني في « التدوين » عن ابن عمر (٢/ ٣٢٤) ، وأما بقية الحديث فلم نجدها ، والله أعلم .

والٍ أو قاض أغلق بابه دون ذوي الحاجة والخلة والمسكنة . . أغلق الله أبواب السماء دون حاجته وخلته ومسكنته » .

وروىٰ أبو داوود [٢٩٤١] والحاكم [٤/٩٤] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ولي من أمور الناس شيئاً فاحتجب . . احتجب الله عنه يوم القيامة » .

ولا كراهة له في أوقات خلوته في المسألتين .

وقال الماوردي : إنما يكره اتخاذ الحاجب إذا كان وصول الخصم إليه موقوفاً علىٰ إذنه ، فأما من وظيفته ترتيب الخصوم والإعلام بمنازل الناس ـ أي : وهو المسمىٰ في زماننا بالنقيب ـ فهٰذا لا بأس باتخاذه ، بل صرح القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ باستحبابه .

قال ابن أبي الدم : ولو قيل : إنه متعين . . لم يبعد .

ويشترط في النقيب المذكور أن يكون عدلاً أميناً عفيفاً ، واستحب الماوردي أن يكون حسن المنظر ، جميل المخبر ، عارفاً بمقادير الناس ، بعيداً عن الهوىٰ والعصبية .

وفي « اللطيف » لابن خيران : يستحب كونه كهلاً ، كثير الستر على الناس .

واستحب ابن المنذر كونه خصياً ، وقال الصيمري : هٰذا لا أصل له .

قال : (**لا مسجداً**) أي : لا يتخذه مجلساً للحكم ؛ ففي « الصحيحين » [م ٥٦٩] : أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال : « إنما بنيت المساجد لذكر الله والصلاة » ولأن مجلس القضاء لا يخلو عن اللغط والتخاصم ، ويغشاه الحيض والجنب والصبيان والكفار والدواب وما تجب صيانة المسجد عنه .

وظاهر عبارته : أنه لا يستحب ، وهو وجه جزم به المحاملي والجرجاني .

والجمهور على الكراهة ؛ لحديث : « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ، وشراءكم وبيعكم وخصوماتكم ، ورفع أصواتكم ، وإقامة حدودكم » رواه ابن ماجه [٧٥٠] ، وله طرق يعتضد بها .

وموضع الكراهة إذا اتخذه لذلك ، فلو اتفق حضوره فيه ففصل قضية أو قضايا . .

فلا بأس ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قضىٰ فيه بين المتلاعنين ، وبين الزبير وصاحب شراج الحرة وغيرهما ، فهـٰذه تستثنىٰ من الكراهة ، وكذلك إذا احتاج إليه لعذر من مطر ونحوه ، وإقامة الحدود فيه أشد كراهة ، كذا نص عليه .

وقال الخفاف : تحرم إقامتها فيه ، وهو مقتضىٰ كلام الماوردي في « الإقناع » ، وبه جزم ابن الصباغ والبندنيجي ، والرافعي في آخر (باب الشرب) ؛ فإنه قال : لا تقام الحدود فيه ، ويسقط الفرض لو أقيمت كما لو صلىٰ في مكان مغصوب .

قال : (**ويكره أن يقضي في حال غضبه**)[1] ؛ لما روى الشيخان [خ ٧١٥٨ـ م ١٧١٧] عن أبي بكرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان » .

وفي « شعب البيهقي » [٨٠٣٦] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الغضب يفسد الإيمان كما يفسد الصبر العسل » .

وروى البخاري [٦١١٦] عن أبي هريرة : أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أوصني فقال : « لا تغضب » فكرر السؤال مراراً وهو يقول : « لا تغضب » زاد البيهقي [١٠/١٠٥] : قال الرجل ففكرت حين قال صلى الله عليه وسلم ما قال ؛ فإذا الغضب يجمع الشر كله .

وروىٰ أبو داوود [٤٧٤٤] والترمذي [٢٠٢١] عن معاذ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من كظم غيظاً وهو قادر علىٰ أن ينفذه . . دعاه الله سبحانه علىٰ رؤوس الخلائق يوم القيامة حتىٰ يخيره من الحور ما شاء » .

وفي « الصحيحين » [خ ٦١١٤ـ م ٢٦٠٨] عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس الشديد بالصرعة ، إنما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب » وما جزم به المصنف من الكراهة هو المشهور .

وشذ الماوردي فقال : إنه خلاف الأولىٰ ، وخص الإمام والبغوي وغيرهما

---

(١) في هامش (د) : (صرح صاحب « المرشد » وابن سريج والماوردي : أنها كراهة تحريم . من « شرح الزبد ») .

الكراهة بما إذا كان الغضب لغير الله ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ للزبير وهو غضبان .

وظاهر كلام الأكثرين : أنه لا فرق .

وفرق الفارقي بأن الغضب لله يؤمن معه من التعدي ، بخلاف الغضب لحظ النفس .

فائدة :

سبب الغضب : هجوم ما تكرهه النفس ممن دونها ، وسبب الحزن هجوم ما تكرهه ممن فوقها ، والغضب يتحرك من داخل الجسد إلىٰ خارجه ، والحزن يتحرك من خارجه إلىٰ داخله ، ولذلك يقتل الحزن ولا يقتل الغضب ؛ لبروز الغضب وكمون الحزن ، فصار الحادث عن الغضب السطوة والانتقام والحادث عن الحزن المرض والأسقام ؛ لكمونه ، فمن ذلك أفضى الحزن إلى الموت ولم يفض الغضب إليه ، كذا قاله الماوردي .

وقال الراغب : الغضب : ثوران دم القلب لإرادة الانتقام ، ولذلك قال عليه الصلاة والسلام : « اتقوا الغضب ؛ فإنه جمرة توقد في قلب ابن آدم »[1] .

وإذا وصف الله تعالىٰ به . . فالمراد به : الانتقام دون غيره .

والغضب نقيض الرضا ، يقال : رجل غضبان وامرأة غضبىٰ ، وفي لغة لبني أسد غضبانة ، والغضوب : الكثير الغضب ، والغضبة : سريع الغضب ، وحكي أنه يقال : غضبت لفلان إذا كان حياً ، وغضبت به إن كان ميتاً .

وفي « الصحيحين » [خ ٣٢٨٢ـ م ٢٦١٠] : أن الغضبان إذا قال : أعوذ بالله من الشيطان الرجيم . . ذهب عنه ما يجد .

وفي « سنن أبي داوود » [٤٧٥١] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الغضب :

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٥٠٥) ، وأحمد (٣/ ١٩) ، والطيالسي (٢١٥٦) ، وأبو يعلىٰ (١١٠١) ، وغيرهم .

شعلة من الشيطان ، وإن الشيطان خلق من النار ، وإنما تُطفأ النار بالماء ، فإذا غضب أحدكم فليتوضأ » .

قال : (**وجوع وعطش مفرطين**) ؛ لما روى الدارقطني [٤/٢٠٦] والبيهقي [١٠/١٠٥] بسند تفرد به القاسم العمري ـ وهو ضعيف ـ عن أبي سعيد الخدري : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان » ويغني عنه قول عمر لأبي موسىٰ : (وإياك والقلق والضجر . . . إلخ) .

قال : (**وكل حال يسوء خلقه**) كما إذا كان مهموماً هماً شديداً ، أو مريضاً مرضاً مؤلماً ، أو في حر مزعج ، أو برد مؤلم ، أو غلبة النعاس أو الفرح ، أو كان حاقناً أو حاقباً أو حازقاً ، أو تاقت نفسه إلى الطعام ؛ لأن هٰذه الأحوال لا يتمكن معها من الاجتهاد .

وأصل ذلك : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يقضي القاضي وهو غضبان » .

ومعلوم أنه لم يرد الغضب نفسه ، بل الاضطراب الحاصل به المغير للعقل والخلق ، وهو في هٰذه الأحوال متغير العقل .

والموجود في غالب نسخ الكتاب : (وكل حال يسيء خلقه) ، والذي بخط المصنف : (وفي كل حال يسوء خلقه) .

قال : (**ويندب أن يشاور الفقهاء**) ؛ لقوله تعالىٰ لنبيه صلى الله عليه وسلم : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ﴾ .

وفي « سنن البيهقي » [٧/٤٦] عن الحسن أنه قال : كان غنياً عن المشاورة ، ولٰكن أراد أن يستن به الحكام بعده .

وقد شاور صلى الله عليه وسلم في أسارىٰ بدر[١] ، وفي حفر الخندق[٢] ، وفي

(١) مسلم (١٧٦٣) ، وابن حبان (٤٧٩٣) ، والترمذي (٣٠٨٤) ، وأحمد (١/ ٣٠) ، وغيرهم .
(٢) الطبري في « التاريخ » (٢/ ٩١) ، والواقدي في « المغازي » (٢/ ٤٤٥) .

. . . .

المصالحة علىٰ ثلث ثمار المدينة[(١)] .

وشاور أبو بكر في ميراث الجدة أم الأم[(٢)] ، وعمر في أم الأب[(٣)] وفي دية الجنين[(٤)] وفي ميراث الجد مع الإخوة[(٥)] .

وشاور عثمان في أحكام .

وقال أبو هريرة : ما رأيت أحداً أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم[(٦)] .

وفي « سنن البيهقي » [١١٢/١٠] وغيره : المستشير معان ، والمستشار مؤتمن[(٧)] .

قال الشافعي : يشاور من جمع العلم والأمانة ، وقال القاضي والبندنيجي : إنما يشاور الذين تجوز توليتهم القضاء ، وقال الروياني وآخرون : الذين يجوز لهم الإفتاء ، وهو الظاهر ، فيشاور الأعمىٰ والعبد والمرأة ، لا الجاهل والفاسق ، وإنما يشاور من هو فوقه أو مثله في العلم ، لا من دونه على الأصح .

ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة ؛ ليذكر كل واحد دليله ، فيتأمله القاضي ويأخذ بأرجحها .

ثم المشاورة تكون عند اختلاف وجوه النظر وتعارض الآراء ، فأما الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي . . فلا مشاورة فيه ، وتعبيره بـ(الفقهاء) يقتضي أنه لا يكفي الواحد ، وبه صرح في « البحر » .

---

(١) الطبراني في « الكبير » (٦/ ٢٨) .

(٢) ابن حبان (٦٠٣١) ، والحاكم (٤/ ٣٣٨) ، وأبو داوود (٢٨٨٦) ، والترمذي (٢١٠٠) ، وغيرهم .

(٣) انظر التخريج السابق دون الحاكم .

(٤) مسلم (١٦٩٨) ، وابن حبان (٦٠٢١) ، وأبو داوود (٤٥٥٩) ، وابن ماجه (٢٦٤٠) .

(٥) الحاكم (٤/ ٣٣٩) .

(٦) أخرجه ابن حبان (٤٨٧٢) ، والبيهقي (٧/ ٤٥) ، والشافعي (١/ ٢٧٧) .

(٧) القسم الأول من الحديث ليس في البيهقي وعزاه في « كشف الخفاء » إلى العسكري . والله أعلم .

وَأَنْ لاَ يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ بِنَفْسِهِ ، وَلاَ يَكُونَ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ ، . . . .

ومن المستحبات للحاكم أن يحضر أصدقاءه الأمناء ويلتمس منهم أن يخبروه بعيوبه ؛ ليسعىٰ في إزالتها .

قال : (**وأن لا يشتري ويبيع بنفسه**) ؛ لئلا يحابىٰ ، أو يمنعه ذلك عما هو بصدده ؛ فقد روى النقاش : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ما عدل وال اتجر في رعيته »[1] .

وفي « الرافعي » عن شريح أنه قال : اشترط علي عمر حين ولاني القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أقضي وأنا غضبان[2] .

وكتب عمر إلىٰ عماله : أن تجارة الأمير في إمارته خسارة .

وسواء في ذلك مجلس الحكم وغيره ، وهو في المجلس أشد كراهة .

وعن أبي حنيفة : لا تكره له مباشرة البيع والشراء ، فظاهر عطف المصنف المسألة علىٰ ما قبلها أنه خلاف الأولىٰ ، والمشهور كراهته ، ومع ذلك . . فالبيع صحيح ، كما يكره للإنسان أن يشتري صدقته خشية أن يحابىٰ فيها .

وينبغي أن يستثنىٰ بيعه من أصوله أو فروعه ؛ لانتفاء المعنىٰ ، إذ لا ينفذ حكمه لهم ، وفي معنى البيع والشراء : السلم والإجارة والتجارة وسائر المعاملات .

ونص في « الأم » علىٰ أنه لا ينظر في نفقة عياله ولا أمر صنعته ، بل يكل ذلك إلىٰ غيره ؛ ليتفرغ قلبه .

قال : (**ولا يكون له وكيل معروف**) خشية أن يحابىٰ أيضاً ، فإن عرف وكيله . . استبدل به ، فإن لم يجد وكيلاً . . عقد بنفسه للضرورة ؛ فإذا وقعت خصومة لعامله . . أناب في فصلها .

---

(١) أخرجه الطبراني في « مسند الشاميين » (١٣٢٢) ، وابن أبي عاصم في « الآحاد والمثاني » (٢٦٩٧) .

(٢) قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٩٥) : لم أجده .

فَإِنْ أَهْدَىٰ إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدِ قَبْلَ وِلاَيَتِهِ . . حَرُمَ قَبُولُهَا ، وَإِنْ كَانَ يُهْدِي وَلاَ خُصُومَةَ لَهُ . . جَازَ بِقَدْرِ ٱلْعَادَةِ ، وَٱلأَوْلَىٰ أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهَا . . . .

قال : (**فإن أهدىٰ إليه من له خصومة أو لم يهد قبل ولايته . . حرم قبولها ، وإن كان يهدي ولا خصومة له . . جاز بقدر العادة ، والأولىٰ أن يثيب عليها**) .

الذي يأخذه الحكام من الرعية من غير عوض ينقسم إلىٰ هدية ورشوة وقد تقدما ، والأولىٰ للحاكم أن يسد باب الهدية ؛ لأنه أبعد عن التهمة ، ثم ينظر فإن كان للمهدي خصومة في الحال . . حرم قبول هديته ؛ لأنه يدعو إلى الميل إليه ، وانكسار قلب خصمه ، وإن لم تكن له خصومة فإن لم تعهد منه الهدية قبل توليه القضاء . . حرم قبولها منه في محل ولايته ؛ لأن هـٰذه هدية سببها العمل ظاهراً .

وقال صلى الله عليه وسلم : « هدايا العمال غلول » ويروىٰ : « سحت » الأول رواه أحمد [٥/٤٢٤] والبيهقي [١٠/١٣٨] بإسناد حسن .

وأيضاً القاضي نائب الشرع فيجب أن يصون منصبه عن التهمة ؛ كي ينقاد الناس إلىٰ أحكامه ، ولا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضىٰ به عليهم .

والنبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل الهدية[١] ؛ لأنه معصوم، وغيره ليس كذلك .

روى البيهقي [١٠/١٣٨] : أن رجلاً كان يهدي إلىٰ عمر كل سنة فخذ جزور ، فجاء يخاصم إليه فقال : يا أمير المؤمنين ؛ اقض بيننا قضاءً فصلاً كما تفصل الفخذ من الجزور ، فكتب عمر إلىٰ عماله : لا تقبلوا هدية ؛ فإنها رشوة .

وقال عمر بن عبد العزيز : كانت الهدية في زمن النبي صلى الله عليه وسلم هدية ، واليوم رشوة[٢] .

فإن زاد المهدي على القدر المعهود منه . . صارت كهدية من لم تعهد منه الهدية .

وقال الماوردي والروياني : إن كانت الزيادة من جنس الهدية . . جاز قبولها ؛

---

(١) البخاري (٢٥٨٥) ، وابن حبان (٦٣٨١) ، وأبو داوود (٣٥٣٠) ، والترمذي (١٩٥٣) ، وغيرهم .
(٢) أخرجه البخاري في كتاب الهبة ، باب من لم يقبل الهدية لعلة ، تعليقاً .

. . . .

لدخولها في المألوف ، وإن كانت من غير جنسها . . منع من قبولها ؛ لخروجها عن ذلك .

وحيث قلنا بالتحريم . . لا يملكها المهدىٰ له على الأصح ، فيردها علىٰ مالكها ، فإن لم يعرفه . . وضعها في بيت المال .

وقول المصنف : (بقدر العادة) ليست في « المحرر » ، ولو قال : كالعادة . . كان أشمل ؛ ليعم القدر والصفة ، ولم أر أحداً ضبط العادة في ذلك ، والظاهر : أنها تثبت بمرة ؛ لما تقدم من التعليل ، وتقدم في (الوليمة) الخلاف في أن الإجابة إليها واجبة أو مستحبة ، وذلك في غير القاضي ؛ فإنه لا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال خصومتهما ولا وليمتهما .

ونزول القاضي علىٰ أهل ولايته ضيفاً وأكله طعامهم كقبول هديتهم .

وأما الرشوة . . فأجمعوا علىٰ أنها على الأمراء والحكام والعمال حرام ، وأما بذلها ، فإن كان علىٰ أن يعمل غير الحق أو علىٰ أن لا يعمل به . . فحرام أيضاً بالاتفاق ، وإن كان على الحكم بالحق . . لم يحرم ، والمتوسط بينهما له حكم موكله منهما ، فإن وكلاه . . حرم عليه ؛ لأنه وكيل بالأخذ ، فهو آثم بذلك ، فإن لم يقدر علىٰ وصوله إلىٰ حقه إلا بذلك . . جاز كفك الأسير ، وإن قدر بدونها . . لم يجز وهٰكذا حكم ما يعطىٰ على الولايات والمناصب يحرم على الآخذ مطلقاً ، ويفصل في الدافع .

فروع :

إذا لم يكن للقاضي رزق في بيت المال . . كان محتاجاً ، قال الهروي : له أن يأخذ من الخصوم أجرة عمله .

وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والجرجاني : له أن يقول : لا أقضي بينكما حتىٰ تجعلا لي جعلاً .

قال الشيخ : والمقالتان خطأ نستغفر الله لقائلهما ، أما إذا تعين عليه وهو

. . . .

مستغن . . فلا يجوز أن يأخذ عليه رزقاً من بيت المال على الصحيح كما إذا أعتق عبداً عن الكفارة علىٰ عوض .

وقيل : يجوز كصاحب الطعام في المخمصة ، فإن كان محتاجاً . . جاز ؛ لأنه لا يلزمه تضييع نفسه لغيره ، وإن كان له كسب ويعطله الحكم عنه . . فيأخذ ما يكفيه لنفسه وخادمه بلا إسراف ولا تقتير ، وإن لم يتعين عليه ولم يوجد متبرع . . جاز أن يأخذ من بيت المال ما يحتاج إليه لنفسه وخادمه وعياله علىٰ ما يليق بحالهم ؛ لأن عمر استقضىٰ شريحاً وجعل له كل شهر مئة درهم[1] ، وبالقياس علىٰ عامل الزكاة ، بل أولىٰ ؛ لأنه أهم . وكذلك الإمام يأخذ ما يليق به من الخيل والغلمان والدار الواسعة ، ولا يلزمه الاقتصار علىٰ ما اقتصر عليه النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم ؛ لأنه قد بعد العهد بزمن النبوة التي كانت سبب الظفر وإلقاء الرعب والهيبة في القلوب ، فلو اقتصر الإمام علىٰ ذلك اليوم . . لم يطع وتعطلت الأمور .

وقال الماوردي : لا يستحق القاضي الرزق إلا من حين وصوله إلىٰ عمله وتصديه للنظر فيه ، فلو لم يتصد للنظر . . لم يستحقه .

ولا يجوز عقد الإجارة على القضاء على الصحيح ، وينبغي للإمام أن يجعل شيئاً من بيت المال مع رزق القاضي لثمن ورق المحاضر والسجلات وأجرة الكاتب ونحوه .

ولا يضيف القاضي أحد الخصمين ، وله أن يضيفهما معاً على الصحيح ، وله أن يشفع لأحدهما ، وأن يؤدي المال عمن عليه ؛ لأنه ينفعهما ، ويعود المرضىٰ ويشهد الجنائز ويزور القادمين .

قال الشيخ : ولا يلتحق بالقضاة : المفتي والواعظ ومعلم القرآن والعلم ؛ لأنه ليس لهم أهلية الإلزام ، والأولىٰ في حقهم إن كانت الهدية لأجل ما يحصل منهم من الفتوىٰ والوعظ والتعليم عدم القبول ؛ ليكون عملهم خالصاً لله تعالىٰ ، وإن أهدي

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٤/ ١٩٤) .

. . . .

إليهم تحبباً وتودداً لعلمهم وصلاحهم . . فالأولى القبول ، وهـٰذه هدية السلف .

وأما إذا أخذ المفتي الهدية ليرخص في الفتيا ، فإن كان بوجه باطل . . فهـٰذا رجل فاجر ، يبدل أحكام الله تعالىٰ ويشتري بها ثمناً قليلاً ، وإن كان بوجه صحيح . . فهو مكروه كراهة شديدة ، ويحتمل تحريمه .

وفي حديث (القوس) ما يقتضي أن أخذ الأجرة علىٰ تعليم القرآن حرام ، والحديث المذكور رواه أبو داوود [٣٤٠٩] وابن أبي شيبة [٩٨/٥] عن عبادة بن الصامت : أنه علم رجلاً من أهل الصفة القرآن ، فأهدىٰ له قوساً فأخذها وقال : أرمي عليها في سبيل الله ، ثم سأل النبي صلى الله عليه وسلم عنها فقال : « إن كنت تحب أن يطوقك الله طوقاً من نار . . فاقبلها » وحمله الجمهور علىٰ أنه كان عمله محتسباً ، فحذره النبي صلى الله عليه وسلم إبطال أجره وتوعده عليه ، ولأن أهل الصفة كانوا يعيشون بصدقة الناس ، وأخذ المال منهم مكروه ، ودفعه إليهم مستحب .

أما إذا قصد المهدي بالهدية استمالة قلب المهدىٰ إليه ليوليه شيئاً مما بيده من الأحكام . . فذلك حرام عليهما ، ومن فعل ذلك . . فقد خان الله ورسوله والمؤمنين .

فوائد :

الأولىٰ : قال الشيخ رحمه الله : إذا ابتلي إنسان بالقضاء . . لا يحل له أن يأخذ عليه شيئاً إلا أن يرزقه الإمام ، أو يكتب مكتوباً يستحق عليه أجرة مثله إذا لم تكن كتابة ذلك واجبة عليه ، ولا يجوز له أن يأخذ على الحكم ولا علىٰ تولية نيابة القضاء ولا مباشرة وقف أو مال يتيم شيئاً ، وكذلك حاجب القاضي وكل من يلي أمور المسلمين ، ومن فعل خلاف ذلك . . فقد غير فريضة الله ، وباع عدله الذي بذله لعباده بثمن قليل ، ولهـٰذا تجد بعض الفجرة الذين يفعلون ذلك يأخذونه خفية ، وهـٰذه علامة الحرام ، فإن الحلال يأخذه صاحبه ولا يستحيي من أخذه ، والله يعلم المفسد من المصلح .

الثانية : هل يجوز للقاضي الاستعارة من رعيته ممن لم تجر له عادة بها منه قبل

وَلاَ يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي ٱلْمُشْتَرَكِ ، وَكَذَا أَصْلُهُ وَفَرْعُهُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

الحكم كالملبوس والمركوب والمساكن ونحوها؟ لا نقل فيها ، والظاهر : التحريم ؛ لأن المنافع كالأعيان ، إلا أنه لا بأس باستعارة كتب العلم ، ويتأكد التجنب مطلقاً حالة المحاكمة .

الثالثة : إذا كان القاضي فقيراً هل يحرم عليه قبول الصدقة من أهل ولايته؟

قال الشيخ في تفسيره : ينبغي أن يقال : إن لم يكن المتصدق عارفاً بأنه القاضي ولا القاضي عارفاً به . . فلا شك في الجواز ، وإلا . . فيحتمل أن يكون كالهدية ، ويحتمل الفرق ؛ لأن المتصدق إنما يبتغي ثواب الآخرة .

وأفتىٰ في « الحلبيات » بجواز قبول القاضي الصدقة ممن لم تكن له بها عادة ؛ لأنها تقع في يد الرحمـٰن ، وخصوص القضاء غير مقصود بها ، وإذا وقف عليه أحد من أهل عمله فإن شرطنا القبول في الوقف فكالهدية .

الرابعة : ما ينعم به الملوك على القضاة من الخلع وغيرها . . الذي يظهر أنه حلال ؛ لأنه لا يفعل لاستمالة قلب القاضي في محاكمة ، ولذلك لا يشترط القبول في ذلك كما تقدم في (باب الهبة) .

قال : (**ولا ينفذ حكمه لنفسه ورقيقه وشريكه في المشترك**) ؛ للتهمة في ذلك ، وكذلك شريك مكاتبه .

والمراد بـ(الحكم للعبد) : فيما ليس بمال كالقصاص في الطرف والتعزير ، وكذلك الحكم في المبعض ، أما حكمه علىٰ نفسه . . فيقبل ، وهل هو حكم أو إقرار؟ وجهان .

قال : (**وكذا أصله وفرعه على الصحيح**) ؛ لأنهم أبعاضه ، فيشبه قضاؤه لهم قضاءه لنفسه ، ولأن التهمة هنا أكثر من التهمة في الشهادة ، وكذا إن علا الأصل أو سفل الفرع ، ومثله رقيق أصله وفرعه ، وشريك أحدهما المشترك .

والوجه الثاني ـ وهو مذهب أبي ثور ـ : ينفذ ، واختاره ابن المنذر ؛ لعموم الأمر بالقضاء بين الناس ، ولأن القاضي أسير البينة فلا تظهر فيه تهمة ، بخلاف الشهادة ،

وَيَحْكُمُ لَهُ وَلِهَـٰؤُلَاءِ ٱلْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرُ ، وَكَذَا نَائِبُهُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَإِذَا أَقَرَّ ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ ، فَحَلَفَ ٱلْمُدَّعِي وَسَأَلَ ٱلْقَاضِيَ أَنْ يُشْهِدَ عَلَىٰ إِقْرَارِهِ عِنْدَهُ أَوْ يَمِينِهِ أَوِ ٱلْحُكْمَ بِمَا ثَبَتَ وَٱلْإِشْهَادَ بِهِ . . لَزِمَهُ ، . . . .

ولهـٰذا لو أراد أن يقضي لهم بعلمه . . لم يجز قطعاً ، بخلاف الأجانب ، فلو حكم لولده علىٰ ولده . . فالأصح كذلك .

واختار في « المرشد » الجواز ؛ لاستوائهما في القرب ، كما يجوز أن يبيع مال أحدهما للآخر .

وفهم من اقتصاره علىٰ (الأصل والفرع) جوازه لمن سواهما من الأقارب والزوجة والمعتق ، واحتج له ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم حكم لعائشة على الذين تكلموا في الإفك ، وأقام عليهم الحد ، وحكم لابن عمته على الأعرابي وقال : « أول ربا أضعه ربا العباس »[1] .

قال : (**ويحكم له ولهـٰؤلاء الإمام أو قاض آخر**) ؛ دفعاً للتهمة .

قال : (**وكذا نائبه على الصحيح**) ؛ لأنه حاكم وإن كان نائباً ، فأشبه سائر الحكام .

والثاني : لا يجوز من نائبه ؛ للتهمة ، ورجحه الشاشي ، وقد تقدم هـٰذا الحكم في (النكاح) .

والصحيح : أنه لا يقضي علىٰ عدوه ، كما لا يشهد عليه ، وجوز في « الأحكام السلطانية » ذلك ؛ لأن أسباب الحكم ظاهرة ، بخلاف الشهادة .

وإذا ولي وصي اليتيم القضاء . . قال ابن الحداد : لم يكن له أن يسمع البينة ، ولا أن يحكم له ، والصحيح : الجواز ؛ لأن كل قاض ولي لليتيم .

قال : (**وإذا أقر المدعىٰ عليه أو نكل ، فحلف المدعي وسأل القاضي أن يشهد علىٰ إقراره عنده أو يمينه أو الحكم بما ثبت والإشهاد به . . لزمه**) ؛ لأنه قد ينكر بعد ذلك فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إن قلنا : لا يقضي بعلمه ، وإن قلنا : يقضي

---

(١) أخرجه مسلم (١٢١٨) ، وابن خزيمة (٢٨٠٩) ، وابن حبان (٣٩٤٤) ، وغيرهم .

. . . .

به . . فربما نسي أو يعزل فلا يقبل قوله ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

ولو أقام المدعي بينة بما ادعاه وسأله الإشهاد عليه . . فالأصح : أنه يلزمه أيضاً .

وقيل : لا يلزمه الإشهاد ؛ لأن له بينة فلا يحتاج إلىٰ بينة أخرىٰ .

ولو حلف المدعىٰ عليه وسأله الإشهاد ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرىٰ . . لزمه إجابته .

وعبارة المصنف تقتضي أنه لا يجب ما لم يسأله المدعي ، وهو كذلك ، بل قال في « الروضة » في (باب القضاء على الغائب) : لا يجوز الحكم على المدعىٰ عليه إلا بعد سؤال المدعي على الأصح ، لـٰكن لم يبين المصنف صيغة الحكم اللازم .

ونقل الشيخان عن صاحب « الشامل » أنه يقول : حكمت له به ، أو نفذت الحكم به ، أو ألزمت صاحب الحق[1] ، وقول القاضي : حكمت بكذا حكمٌ ، وكذا : قضيت على المذهب .

ولو قال : ثبت عندي بالبينة العادلة كذا ، أو صح . . فمقتضىٰ تعبير المصنف : أنه ليس بحكم ، وهو الذي صححه (في باب القضاء على الغائب) ، ونقله في « البحر » عن نص « الأم » وأكثر الأصحاب ؛ لأن الحكم هو الإلزام ، والثبوت ليس بإلزام .

قال الرافعي : (ويقرب منه ما اعتاد القضاة إثباته علىٰ ظهر الكتب الحكمية ، وهو صح عنده ، وقبله قبول مثله ، وألزم العمل بموجبه) اهـ وفيه نظر ؛ لأن الإلزام تصريح بالحكم .

وفائدة الخلاف في أن الثبوت حكم أو لا يظهر في صور :

منها : رجوع الحاكم والشهود بعده ، هل يغرمون؟ إن قلنا : نعم . . فنعم ، وإلا . . فلا .

ومنها : وجوب التحليف قبل التلفظ به في الميت ونحوه .

(١) في (ت) : (ونقل الشيخان عن الشيخ أبي حامد : أنه يقول له : اخرج من حقك ، أو كلفتك الخروج منه ، أو ألزمتك) .
وفي هامش (ز) : (وسيأتي في قوله : « فإن أقر فذاك » ألفاظ أخر) .

أَوْ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَراً بِمَا جَرَىٰ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ ، أَوْ سِجِلاًّ بِمَا حَكَمَ . ٱسْتُحِبَّ إِجَابَتُهُ ، وَقِيلَ : يَجِبُ ، . . . .

ومنها : حضور شاهد الأصل ، أو برؤه من المرض بعد الثبوت بشهود الفرع .

ومنها : إذا حدث فسق الشهود بعده ونحوه .

قال : (**أو أن يكتب له محضراً بما جرىٰ من غير حكم ، أو سجلاً بما حكم**) به (.. **استحب إجابته**) ؛ لأن في ذلك تقوية لحجته ، والحق يثبت بالشهود لا بالكتابة .

قال : (**وقيل : يجب**) ؛ توثيقاً لحقه كما يجب الإشهاد ، والأصح : الأول ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة كانوا يحكمون ولا يكتبون المحاضر والسجلات[1] .

ومحل الخلاف : إذا كان عنده قرطاس من بيت المال ، أو أتىٰ به الطالب ، فإن لم يكن ذلك .. لم تجب إجابته جزماً ، ومحله أيضاً في البالغ العاقل ، فلو تعلقت الحكومة بصبي أو مجنون له أو عليه .. وجب التسجيل جزماً كما قطع به الزبيلي وشريح الروياني ، وهو ظاهر ، ويشبه أن يلتحق به الغائب ؛ حفظاً لحقه .

وكذا ما تعلق بوقف ونحوه مما يحتاط له ، ثم إذا حكم بشيء فطلب منه الإشهاد علىٰ حكمه .. لزمه الإشهاد ، وإن طلب منه أن يكتب سجلاً .. فعلى التفصيل ، والخلاف المذكور في كتابة المحضر .

ونقل ابن كج وجهاً ثالثاً : أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل ، وفي الوقوف وأموال المصالح ، ولا يجب في الديون الحالة والحقوق الخاصة .

وقد ذكر الشيخان وغيرهما صفة المحضر والسجل ، وهي غير خفية على الحكام .

قال في « الكفاية » : ولا خلاف أن الدافع لو طلب الكتاب الذي وصل بوجوب الحق عليه بعد وفاء الحق .. لا يسلم إليه ؛ لأن الورقة قد تكون ملك الخصم ، وكذا لو باع واحد شيئاً .. لا يلزمه تسليم كتاب الأصل ولا تمزيقه ؛ لأنه ملكه وحجة له عند

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٤/ ١٨٩) .

وَيُسْتَحَبُّ نُسْخَتَانِ : إِحْدَاهُمَا لَهُ ، وَٱلْأُخْرَىٰ تُحْفَظُ فِي دِيوَانِ ٱلْحُكْمِ . وَإِذَا حَكَمَ بِٱجْتِهَادٍ ثُمَّ بَانَ خِلَافَ نَصِّ كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ أَوْ إِجْمَاعٍ أَوْ قِيَاسٍ جَلِيٍّ . . نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ ، . . . .

الدرك ، وقد تقدمت الإشارة إلىٰ هـٰذا في (باب بيع الأصول والثمار) ، وسيأتي في المسألة التي بعدها عن مالك وأحمد : أن قضاء القاضي إذا نقض وكان به مكتوب . . يقطع .

قال : (**ويستحب نسختان : إحداهما له ، والأخرىٰ تحفظ في ديوان الحكم**) وإن لم يطلب ذلك الخصم ، بل يستحب للقاضي مهما وقعت قضية أن يكتبها ؛ لأنه كفيل بحفظ الحقوق علىٰ أهلها ، ولأنه إذا كانت نسخة واحدة ودفعها للمحكوم له . . لم يؤمن ضياعها .

قالوا : والتي يدفعها للخصم تكون غير مختومة لينظر فيها ويعرضها على الشهود ؛ لئلا ينسوا ، والتي بديوان القضاء تختم ويكتب علىٰ رأسها اسم الخصمين ، ويضعها في حرز له .

قال : (**وإذا حكم باجتهاد ثم بان خلاف نص كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس جلي . . نقضه هو وغيره**) ؛ لأن الحق أحق أن يتبع ، وقال صلى الله عليه وسلم : « من أحدث في أمرنا هـٰذا ما ليس منه . . فهو رد »[1] .

فأما النقض لمخالفة الإجماع . . فبالإجماع ، والباقي في معناه ؛ لأنه غير معذور في هـٰذا الخطأ لمخالفة القاطع ، وقد تقدم ما قاله عمر لأبي موسىٰ في ذلك ، وأنه كان يفاضل بين دية الأصابع ؛ لتفاوت منافعها ، حتىٰ روي له الخبر في التسوية فنقض حكمه ، رواه الخطابي في « معالمه » .

ونقض علي قضاء شريح بأن شهادة المولىٰ لا تقبل بالقياس الجلي ، وهو أن ابن العم تقبل شهادته وهو أقرب من المولىٰ[2] ، ونقض قضاءه أيضاً في ابني عم أحدهما

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٩٧) ، ومسلم (١٧١٨) .

(٢) قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/١٩٦) : لم أجده .

. . . .

أخ لأم بأن المال للأخ متمسكاً بقوله تعالىٰ : ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ ، قال له علي : قال الله تعالىٰ : ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ .

وقضىٰ عمر بن عبد العزيز فيمن رد عبداً بعيب أنه يرد معه خراجه ، فأخبره عروة عن عائشة : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ أن الخراج بالضمان) فرجع وقضىٰ بأخذ الخراج من الذي أخذه ، رواه الشافعي في « مسنده » [١/٢٤٣] .

وقوله : (نقضه) معناه : أنه يلزمه ذلك وإن لم يرفع إليه ، خلافاً لابن سريج ؛ فإنه قال : لا يلزمه إعلام الخصمين إن علما بالخطأ ، بل إذا ترافعا إليه نقضه ، والصحيح اللزوم وإن علما .

أما حقوق الله تعالىٰ . . فعليه المبادرة لفصلها .

وقوله : (وغيره) أي : من الحكام لا المفتين ؛ لأن من لا يملك العقد . . لا يملك الحل .

وفي معنىٰ قوله : (باجتهاده) ما إذا كان مقلداً وحكم بخلاف نص إمامه كوجه ضعيف . . فإنهم جعلوا نص إمامه بالنسبة إليه كنص الشارع بالنسبة إلى المجتهد .

وليس المراد بالنص : ما لا يحتمل إلا معنىً واحداً ، بل المراد به ما هو أعم ، حتىٰ يشمل الظاهر ، كذا نقله في « المطلب » عن النص ، وإطلاقه (السنة) يشمل متواترها وآحادها .

وفي النقض بخبر الواحد وجه حكاه شريح الروياني .

والمراد بـ(القياس الجلي) : ما تعرف به موافقة الفرع الأصل بحيث ينتفي احتمال افتراقهما أو يبعد كالتحاق الضرب بالتأفيف ، وبعضهم لا يسميه قياساً ، بل فحوىٰ خطاب .

وزاد بعضهم علىٰ ما ذكره المصنف رابعاً وهو : مخالفة القواعد الكلية .

وصيغة النقض أن يقول : نقضته أو أبطلته أو فسخته ، فلو قال : هـٰذا باطل أو ليس بصحيح . . فوجهان .

وعند مالك وأحمد : أنه إذا نقض وكان به مكتوب . . يقطع ، ولم يذكره أصحابنا ، والظاهر : أنه إذا خصم[1] علىٰ ظاهره بالنقض . . كفىٰ .

قال : (لا خفي) ؛ لأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض . . لما استمر حكم ، ولشق الأمر على الناس .

و(الخفي) : ما لا يزيل احتمال الموافقة ولا يبعده ، فمنه ما علته مستنبطة كقياس الأرز على البر بعلة الطعم ، وجعله ابن القاص من الجلي ، والصحيح الأول .

ومنه : قياس الشبه ، وهو أن تشبه الحادثة أصلين فتلحق بأشبههما ، هٰذا إذا جعلنا قياس الشبه حجة ، وفيه خلاف لأصحابنا .

فإذا بان له الخطأ بقياس خفي لٰكنه أرجح مما حكم به وأنه الصواب . . فليحكم فيما يحدث بعد ذلك به ، ولا ينقض ما حكم به أولاً ، بل يمضيه .

وقد تقدم عن عمر أنه حكم بحرمان الأخ من الأبوين في المشركة ، ثم شرك بعد ذلك ولم ينقض قضاءه الأول ، وقال : (ذاك علىٰ ما قضينا ، وهٰذا علىٰ ما نقضي)[2] ، وقضىٰ في الجد بمئة قضية مختلفة كما تقدم .

فائدة :

الصحيح : أن المصيب في المسائل الفرعية الاجتهادية واحد ، والذاهب إلىٰ غيره مخطىء لا إثم عليه .

والثاني : أن كل مجتهد مصيب ؛ لأن كلاً منهم مأمور بالعمل بما غلب علىٰ ظنه ، وغير الحق لا يؤمر بالعمل به .

واستدل الفريقان بالحديث المتقدم أول الباب : « إذا حكم الحاكم فاجتهد . . فله أجران ، وإن أخطأ . . فله أجر » فالقائلون : كل مجتهد مصيب قالوا : قد جعل للمخطىء أجراً فلولا إصابته . . لم يكن له أجر .

---

(١) كذا في النسخ ، ولعل الصواب : (حكم) والله أعلم .

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٨٨) ، والبيهقي (٦/ ٢٥٥) ، وعبد الرزاق (١٩٠٠٥) .

واحتج الأولون بأنه سماه مخطئاً ، وأما الأجر . . فإنه يحصل علىٰ تعبه في الاجتهاد .

أما أصول التوحيد . . فالمصيب فيها واحد بإجماع من يعتد به ، والمخطىء فيها آثم ، ولا يجوز التقليد فيها إلا عبيد الله بن الحسن العنبري وداوود .

تذنيب :

إذا حكم قاض بنفي خيار المجلس ، أو بنفي العرايا ، أو بتحريم الجنين بذكاة أمه ، أو بشهادة فاسقين ، أو بصحة النكاح بحضورهما بلا إعلان أو بلا ولي ، أو ببيع أم الولد ، أو بالتفرقة بلعان ثلاث مرات ، أو بتحريم الرضاع بعد الحولين ، أو بقتل مسلم بكافر أو بإرثه منه وعكسه ، أو بإبطال قتل المرأة بالرجل حتىٰ يغرم وليها نصف الدية . . ففي نقض ذلك خلاف ، رجح ابن الرفعة النقض في الجميع ، ونقل الرافعي عن الروياني عدم النقض في الجميع ؛ لأنها اجتهادية ، والأدلة فيها متعارضة .

وكذلك ينقض قضاء من حكم بملك الغاصب الثوب المغصوب إذا قطعه ، والشاة المغصوبة إذا ذبحها ، والأرض المغصوبة إذا بنىٰ فيها ، ويظهر أن يأتي فيه الخلاف .

قال : (**والقضاء ينفذ ظاهراً لا باطناً**) ؛ لأنا مأمورون باتباع الظاهر والله يتولى السرائر ، والرافعي وغيره أوردوا ذلك حديثاً[1] ، قال الحافظ جمال الدين المزي : لا نعرفه .

فإذا حكم بشهادة شاهدين ظاهرهما العدالة وكانا كاذبين . . لا يفيد الحل باطناً ، سواء كان الحكم بمال أو نكاح أو غيرهما ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء . . فلا يأخذه ؛ فإنما أقطع له قطعة من النار » متفق عليه [خ ٢٦٨٠ـم ١٧١٣] .

---

(١) في هامش (ت) : (عبارة الرافعي : بعد الاستدلال بحديث : « إنكم تختصمون إلي . . . » ، ويروى : « إنما الحكم بالظاهر ، و الله يتولى السرائر ») .

فإذا كان المحكوم به نكاحاً . . لم يحل للمحكوم له الوطء ولا الاستمتاع ، وعليها الامتناع والهرب ما أمكنها ، فإن أكرهت . . فلا إثم عليها ، فإن وطىء . . فهو عند الشيخ أبي حامد زان ، وعند ابن الصباغ والروياني ليس بزان ؛ لأن أبا حنيفة يجعلها منكوحة بالحكم ، وذلك شبهة .

فرع :

الأصح : أن الشاهد تقبل شهادته فيما لا يعتقده كشافعي يشهد بشفعة الجوار ؛ لأنه مجتهد فيه ، والاجتهاد إلى القاضي لا إلى الشاهد ، فيؤديه عند من يرىٰ جوازه .

والثاني : لا ، كما لا يقضي القاضي بخلاف ما يعتقده ، وعلى القول بالجواز هل له الامتناع من الأداء؟ فيه وجهان : أصحهما : لا يمتنع .

قال : (**ولا يقضي بخلاف علمه بالإجماع**) ؛ لأنه لو حكم به . . لكان قاطعاً ببطلان حكمه ، والحكم بالباطل محرم ، كما إذا شهد شاهدان بزوجية وهو يعلم أن بينهما محرمية أو طلاقاً بائناً ، أو شهدا بموت إنسان يوم كذا وهو يعلم حياته حينئذ ، أو برق عبد وهو يعلم أنه أعتقه .

وعن الإصطخري : أنه يتعين القضاء بالعلم في مواضع : منها : أن يقر عنده بالطلاق الثلاث ثم يدعي زوجيتها ، أو يدعي أن فلاناً قتل أباه وهو يعلم أنه قتله غيره ، أو أن هـٰذه أمتي وتصدقه وهو يعلم أنها ابنته .

وعبارة « المحرر » و« الشرحين » و« الروضة » : لا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف ، وفيه نظر ؛ فإن الماوردي والروياني والشاشي وابن يونس وابن الرفعة حكوا وجهاً : أنه يقضي بالبينة ، وصواب العبارة : لا يقضي بما علم خلافه ؛ فإن من يقضي بشهادة شاهدين لا يعلم كذبهما ولا صدقهما قاض ، بخلاف علمه ، وقضاؤه حق بالإجماع ما لم تكن ريبة ، وكذا إن كانت على المذهب .

والمراد بـ(العلم) هنا : اليقين لا الظن المؤكد ، بخلاف ما سيأتي في(الشهادة) بالعلم ؛ فإن المراد به : الظن الغالب ، وكذلك قولهم : إنَّ شرط تحمل الشهادة

وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ إِلاَّ فِي حُدُودِ ٱللهِ تَعَالَىٰ . . . .

العلمُ ، المراد به : الظن الغالب .

قال : (**والأظهر : أنه يقضي بعلمه إلا في حدود الله تعالىٰ**) في القضاء بالعلم ثلاثة أقوال :

أحدها : يحكم به ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾ ، وهو يعلم أن أحدهما محق فيلزمه الحكم للمحق ، ولأنه إذا حكم بما يفيد الظن وهو شاهدان أو شاهد ويمين . . فبالعلم أولىٰ ، ولذلك قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند علىٰ أبي سفيان بنفقة ولدها من غير بينة ؛ لعلمه بأمرهم .

وقال الربيع : كان الشافعي يرى القضاء بالعلم ، ولا يبوح به مخافة قضاة السوء ، فعلىٰ هـٰذا : قال الماوردي والروياني : يشترط لنفوذه أن يقول : قد علمت أن له عليك ما ادعاه ، وقد حكمت عليك بعلمي ، فإن أغفل شيئاً من ذلك . . لم ينفذ .

والثاني : لا يحكم به ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك »[1] .

وتداعىٰ رجلان عند عمر فقال أحدهما : إنه شاهدي ، فقال : (إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد) .

ولأن علمه لو أقيم مقام شاهدين . . لا يعقد النكاح بحضوره وحده .

فعلىٰ هـٰذا : لو شهد عند شاهد بما علمه فهل يقوم علمه مقام شاهد آخر؟ فيه وجهان : أصحهما : المنع .

وأجاب القائل بالأول عن الحديث بأنه صلى الله عليه وسلم لم يعلم المحق منهما ، وأثر عمر لم يثبت .

والمغلب علىٰ حضور شاهدي النكاح التعبدُ ، وبهـٰذا القول قال مالك وأحمد .

وحيث قلنا بالجواز . . فهو مكروه كما أشار إليه في « الأم » .

والقول الثالث : يحكم في غير حدود الله تعالىٰ ، وهي حد الزنا والسرقة

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥١٦) ، ومسلم (١٣٨) ، كلاهما بدون « ليس لك إلا ذلك » .

والمحاربة والشرب ؛ لأنها تدرأ بالشبهات ، ويندب سترها .

وروىٰ أحمد بسند صحيح عن أبي بكر الصديق أنه قال : لو رأيت رجلاً علىٰ حد من حدود الله تعالىٰ . . ما أخذته به ، ولا دعوت له أحداً حتىٰ تقوم البينة عندي .

ويجوز في المال قطعاً ، وكذا في القصاص وحد القذف على الأصح ، وهـٰذا هو الأظهر .

كل هـٰذا فيما علمه بالمشاهدة ، أما ما علمه بالتواتر ، فإن قلنا : يقضي إذا علمه بالمشاهدة . . فهنا أولىٰ ، وإلا . . فوجهان .

والفرق أن المحذور ثَمَّ التهمةُ ، فإذا شاع الأمر . . زالت .

ومحل الخلاف فيمن يجوز الحكم له بالبينة ، فأما أصله وفرعه وشريكه . . فلا يقضي لهم بعلمه بلا خلاف كما تقدم .

وعبارة المصنف تقتضي طرد الخلاف ، سواء حصل له العلم قبل الولاية أو بعدها ، في محل الولاية أو في غيره .

نعم ؛ لو أقر عنده شخص في مجلس حكمه . . فالذي جزم به الرافعي : أنه يقضي عليه وإن منعنا القضاء بالعلم .

والخلاف الذي ذكره المصنف جار في الجرح والتعديل أيضاً ، وهي الطريقة الصحيحة ، وقال العراقيون : يقضي بعلمه في الجرح والتعديل وجهاً واحداً .

وعبارة الرافعي : لو عرف عدالتهما . . فله أن يقضي ، ويغنيه علمه بها عن مراجعة المزكين ، وفيه وجه ؛ لقيام التهمة ، وسيأتي في آخر الباب .

واللوث إذا عاينه الحاكم . . قال الإمام : له اعتماده قطعاً ، وأشار إلىٰ أنه لا يقضي بعلمه في الإعسار وإن جاز له أن يشهد به كما تقدم في بابه .

وقوله : (حدود الله) ليس علىٰ إطلاقه ، بل لو علم ردة شخص . . جاز له القضاء فيه بعلمه فيما يظهر ، وكذلك حكم التعزير .

وَلَوْ رَأَىٰ وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ أَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّكَ حَكَمْتَ أَوْ شَهِدْتَ بِهَـٰذَا . . لَمْ يَعْمَلْ بِهِ وَلَمْ يَشْهَدْ حَتَّىٰ يَتَذَكَّرَ ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ فِي وَرَقَةٍ مَصُونَةٍ عِنْدَهُمَا ، وَلَهُ ٱلْحَلِفُ عَلَى ٱسْتِحْقَاقِ حَقٍّ أَوْ أَدَائِهِ ٱعْتِمَاداً عَلَىٰ خَطِّ مُوَرِّثِهِ إِذَا وَثِقَ بِخَطِّهِ وَأَمَانَتِهِ ، . . . .

قال : (**ولو رأىٰ ورقة فيها حكمه أو شهادته أو شهد شاهدان أنك حكمت أو شهدت بهـٰذا . . لم يعمل به ولم يشهد**) ؛ لإمكان التزوير ومشابهة الخط .

قال : (**حتىٰ يتذكر**) ؛ لأنه ما لم يتذكر شهد بما لم يعلم ، وقال تعالىٰ : ﴿ إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ ، دلت الآية علىٰ أن الشهادة بالحق غير نافعة إلا مع العلم .

وقيل : ولو تذكر بناء علىٰ منع القضاء بالعلم .

قال : (**وفيهما وجه في ورقة مصونة عندهما**) : أنه يجوز الاعتماد عليه إذا وثق به ولم تداخله ريبة كالسجل والمحضر ؛ لبعد التحريف في مثل ذلك ، وهو رواية عن مالك وأحمد .

وقال أبو يوسف : يجوز له الحكم بخطه إذا عرف صحته ولم يتذكر ، قال : وهو عرف القضاة في عصرنا .

ومقتضىٰ إطلاق الأصحاب : أن المراد : تذكر الحكم والتحمل على التفصيل ، وأنه لا يكفي تذكر أصل القضية فقط .

قال : (**وله الحلف على استحقاق حق أو أدائه اعتماداً علىٰ خط مورثه إذا وثق بخطه وأمانته**) ؛ لاعتضاده بالقرينة ، واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة : « أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم »[1] .

والفرق بينه وبين القضاء والشهادة على الخط ـ حيث لا يجوز ما لم يتذكر ـ : أن اليمين تتعلق بنفسه والشهادة والحكم بغيره .

واحتج ابن دقيق العيد لجواز اليمين علىٰ غلبة الظن بحلف عمر بحضرة النبي

---

(١) أخرجه البخاري (٧١٩٢) ، ومسلم (٦/١٦٦٩) .

صلى الله عليه وسلم أنَّ ابن صياد هو الدجال ، ولم ينكره عليه[1] .

وضابط وثوقه : أن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة لفلان علي كذا . . لم يجد في نفسه أن يحلف علىٰ نفي العلم به ، بل يؤديه من التركة .

واحترز بقوله :(إذا وثق) عما إذا غلب علىٰ ظنه كذبه . . فلا يحلف قطعاً ، واقتصاره علىٰ خط مورثه يوهم منع الحلف علىٰ خط نفسه ، وهو الذي نقله الشيخان هنا عن « الشامل » ، وجرىٰ عليه في « البيان » ؛ لإمكان التذكر في خط نفسه ، بخلاف مورثه ، لـٰكن المصنف سوى بينهما في (باب الدعاوىٰ) حيث قال : (يجوز البت بظن مؤكد يعتمد خطه أو خط أبيه) وكذا ذكراه في « الشرح » و« الروضة » هناك .

والظاهر : أن ذكر المورث ليس بقيد ، حتىٰ لو رأىٰ شيئاً بخط مكاتبه الذي مات قبل العتق ، أو خط مأذونه القن بعد موته ، أو عامله في القراض ، أو شريكه في التجارة . . جاز له أن يحلف عليه بالشرط السابق ؛ لوجود العلة وهو الظن المذكور .

قال : (**والصحيح : جواز رواية الحديث بخط محفوظ عنده**) ؛ لعمل العلماء به سلفاً وخلفاً ، ولأن باب الرواية أوسع من الشهادة ؛ لأن الفرع يروي مع حضور الأصل ولا يشهد .

والثاني : المنع إلىٰ أن يتذكر كالشهادة .

تتمة :

تجوز الرواية بالإجازة ، خلافاً للماوردي والقاضي حسين ، وهو أحد قولي الشافعي ، وهي سبعة أنواع بينها المصنف وغيره .

والأصح : صحة الإجازة العامة كأجزت للمسلمين ، أو كل أحد ، أو من أدرك زماني ، لا لزيد ولمن يولد له في الأصح .

والإجازة للطفل الذي لا يميز صحيحة على الأصح .

---

(١) البخاري (٧٣٥٥) ، ومسلم (٢٩٢٩) .

فَصْلٌ :

لِيُسَوِّ بَيْنَ ٱلْخَصْمَيْنِ فِي دُخُولٍ عَلَيْهِ ، وَقِيَامٍ لَهُمَا ، وَٱسْتِمَاعٍ ، وَطَلَاقَةِ وَجْهٍ ، ....

وإذا كتب الإجازة . . استحب أن يتلفظ بها ، فإن اقتصر على الكتابة مع قصد الإجازة . . صحت كالقراءة عليه مع سكوته .

قال : (**فصل** :

ليسوِّ بين الخصمين في دخولٍ عليه) وإن اختلفا في الشرف ، فلا يدخل أحدهما قبل الآخر ، وإذنه لأحدهما وحجب الآخر جور يأثم به القاضي ، فلو أذن لهما فتقدم أحدهما من تلقاء نفسه أو تقدم في الممر . . فذلك قريب .

ولفظ الخصم يستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث ؛ لأنه في الأصل مصدر ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَهَلْ أَتَىٰكَ نَبَؤُا۟ ٱلْخَصْمِ ﴾ .

ومن العرب من يثنيه ويجمعه فيقول : خصمان وخصوم .

و(الخصم) بفتح الخاء وكسر الصاد : الشديد الخصومة .

قال : (**وقيام لهما**) فيقوم لهما أو يترك ، ولا يخص أحدهما بقيام .

وكره ابن أبي الدم القيام لهما جميعاً ؛ لأن أحدهما قد يكون شريفاً والآخر وضيعاً ، فإذا قام لهما . . علم الوضيع أن القيام لأجل خصمه ، فيزداد الشريف تيهاً والوضيع كسراً ، فترك القيام لهما أقرب إلى العدل .

قال : (**واستماع ، وطلاقة وجه**) ونحو ذلك من وجوه الإكرام ، ويقبل عليهما معاً بمجامع قلبه ويسمع لهما ، ولا يمازح أحدهما ولا يضاحكه ، ولا يشير إليه إشارة إكرام ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ ﴾ الآية .

قيل : نزلت في الخصمين يجلسان بين يدي القاضي .

وفي « سنن البيهقي » [١٠/١٣٥] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتلي بالقضاء بين المسلمين . . فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده ، ولا يرفع صوته علىٰ أحدهما » .

قال : (**وجواب سلام**) فإن سلما أجابهما معاً ، وإن سلم أحدهما دون الآخر . . قال للآخر : سلم ، أو يصبر حتىٰ يسلم صاحبه فيجيبهما معاً .

قال الرافعي : وقد يتوقف في هٰذا إذا طال الفصل ، وكأنهم احتملوا طوله للتسوية .

وقيل : يجوز ترك السلام مطلقاً ، واستبعده الإمام ، واعترضه في « المهمات » .

وقال الماوردي : إذا حضر الخصمان إلى الحاكم . . سقط عنهما سنة السلام .

والواجب أن يسوي بينهما في الأفعال دون القلب ، فإن كان يميل إلىٰ أحدهما بقلبه ويحب أن يلهج بحجته على الآخر . . لم يأثم ؛ لأنه لا تمكنه التسوية بينهما في ذلك ، ولا يستطيع التحرز من الميل والمحبة كما قال صلى الله عليه وسلم في الميل إلىٰ بعض نسائه : « اللهم ؛ هٰذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما لا أملك »[1] .

قال : (**ومجلس**) فيجلسهما بين يديه .

ويجوز إجلاس الشريفين عن يمينه وشماله ؛ ففي « سنن أبي داوود » [٣٥٨٣] عن عبد الله بن الزبير قال : (قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم) .

ولأن النظر إليهما والاستماع لكل منهما حينئذ يكون أسهل ، وإذا جلسا . . تقاربا ، إلا أن يكونا رجلاً وامرأة غير محرم فيتباعدان .

ويستحب أن يجلسا بين يدي القاضي على الركب ؛ ليتميزا عن غيرهما ، ولأنه أهيب ، وهي عادة العرب في المخاصمات ، والمرأة متربعة كيف كانت ؛ لأنه أستر لها .

ولا يجوز أن يرتفع الموكل في المجلس عن الوكيل والخصم ؛ لأن الدعوىٰ متعلقة به أيضاً بدليل تحليفه إذا وجب اليمين ، كذا حكاه ابن الرفعة عن الزبيلي وأقره ،

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ١٨٧) ، وأبو داوود (٢١٢٧) ، والترمذي (١١٤٠) ، والنسائي (٧/ ٦٣) ، وابن ماجه (١٩٧١) .

وينبغي أن يكون مفرعاً علىٰ وجوب التسوية ، فإن قلنا باستحبابها . . لم يتجه فيما ذكره غير الاستحباب .

وبالجملة هو فقه حسن ، والبلوىٰ به عامة ، وقد رأينا من يوكل فراراً من التسوية بينه وبين خصمه .

وملخص ما في التسوية في المجلس وجهان : المذهب استحبابها ، والأكثرون علىٰ وجوبها .

قال : (**والأصح : رفع مسلم علىٰ ذمي فيه**) أي : في المجلس ، لقوله تعالىٰ : ﴿ يَرْفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ ﴾ .

قال الشيخ : وهـٰذا من عطف الخاص على العام ؛ لأن العلماء أخص من المؤمنين ويكون المعنىٰ : أنه يرفع المؤمنين علىٰ غير المؤمنين ، ويرفع العلماء من المؤمنين علىٰ بقية المؤمنين .

وروى البيهقي [١٠/١٣٦] عن الشعبي قال : خرج علي إلى السوق ، فإذا هو بنصراني يبيع درعاً فعرفها علي فقال : هـٰذه درعي ، بيني وبينك قاضي المسلمين ، فأتيا شريحاً فلما رأى القاضي أمير المؤمنين . . قام من مجلسه وأجلسه فيه ، وجلس شريح أمامه إلىٰ جنب النصراني ، فقال له علي : لو كان خصمي مسلماً . . لقعدت معه مجلس الخصم ، ولـٰكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا تساووهم في المجالس » اقض بيني وبينه يا شريح .

فقال شريح : ما تقول يا أمير المؤمنين؟ فقال : هـٰذه درعي ، ذهبت مني منذ زمان ، فقال شريح : ما تقول يا نصراني؟ فقال : ما أكذب أمير المؤمنين! الدرع درعي ، فقال شريح لأمير المؤمنين : هل من بينة ؟ فقال علي : صدق شريح ، فقال النصراني : أشهد أن هـٰذه أحكام الأنبياء ، ثم أسلم النصراني ، فأعطاه علي الدرع وحمله علىٰ فرس عتيق .

قال الشعبي : فلقد رأيته يقاتل المشركين عليه .

وَإِذَا جَلَسَا . . فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ ، وَلَهُ أَنْ يَقُولَ : لِيَتَكَلَّمِ ٱلْمُدَّعِي ، فَإِذَا ٱدَّعَىٰ . . طَالَبَ خَصْمَهُ بِٱلْجَوَابِ ، . . . .

والوجه الثاني : يسوي بينهما كما أنه يسوي بينهما في الإقبال عليهما والاستماع منهما .

قال الرافعي : ويمكن أن يكون الوجهان في رفع المجلس جاريين في سائر وجوه الإكرام ، وقد صرح بذلك الفوراني قبله ، وجزم في « التنبيه » بتقدمه عليه في الدخول .

قال : (**وإذا جلسا**) بين يديه وكذلك إذا انتصبا كما هو الواقع غالباً ، وهو خلاف الأولىٰ والأدب ، قال الماوردي : لا تسمع الدعوىٰ منهما وهما قائمان حتىٰ يجلسا بين يديه تجاه وجهه .

قال : (. . **فله أن يسكت**) ؛ لأنهما حضرا ليتكلما .

قال : (**وله أن يقول : ليتكلم المدعي**) ؛ لما فيه من إزالة هيبة القدوم ، وكذا إذا عرف المدعي يقول له : تكلم .

ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف عنده . . كان أولىٰ ، والأولىٰ أن يستأذنه الخصم في الكلام .

فإن طال سكوتهما لغير سبب . . قال : ما خطبكما ، وهو أكمل ألفاظ الاستدعاء ، وفيه وجه : أنه يسكت ولا يقول لهما شيئاً ، فإن لم يدَّعِ واحد منهما . . أقيما من مكانهما .

قال : (**فإذا ادعىٰ**) أي : دعوىٰ صحيحة (. . **طالب خصمه بالجواب**) ؛ لأن به تنفصل الخصومة فيقول : ما تقول؟ أو اخرج من دعواه ونحو ذلك .

وقيل : لا يطالبه بالجواب حتىٰ يسأل المدعي ؛ لأنه حقه ، فيقول : وأنا أسأل جوابه أو أطالبه بالجواب ؛ لأنه حقه ، فلا يطالب به خصمه إلا بسؤاله كاليمين ؛ فإنه لا يحلفه إلا بمسألته ، وصحح هٰذا الهروي ، وقال في (الدعاوىٰ) من « الشرح الصغير » : إنه أشبه .

فلو كتب المدعي دعواه في رقعة وقال : أدعي بما في هٰذه . . ففيه وجهان :

فَإِنْ أَقَرَّ . . فَذَاكَ ، وَإِنْ أَنْكَرَ . . فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي : أَلَكَ بَيِّنَةٌ ؟ وَأَنْ يَسْكُتَ ، فَإِنْ قَالَ : لِيْ بَيِّنَةٌ وَأُرِيدُ تَحْلِيفَهُ . . فَلَهُ ذَلِكَ ، أَوْ لاَ بَيِّنَةَ لِي ، ثُمَّ أَحْضَرَهَا . . قُبِلَتْ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

أحدهما : لا يقبل القاضي هـٰذا منه حتىٰ ينطق بذلك بلسانه .

والثاني : يقبله منه ، ويقرؤها على المدعىٰ عليه ، ويطالبه بالجواب ، فإن كتب الآخر الجواب في رقعة . . استويا ، ولا ترجيح في الوجهين .

قال : (**فإن أقر . . فذاك**) أي : فقد لزمه ما أقر به ، فحينئذ للمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه فيقول : اخرج من حقه ، أو كلفتك الخروج منه ، أو ألزمتك به .

والأصح : أن الحق يثبت بمجرد الإقرار دون حكم ، بخلاف البينة ، واستبعد الرافعي مقابله ؛ فإنه لا خلاف أن للمدعي الطلب بعد الإقرار ، وللقاضي الإلزام .

قال : (**وإن أنكر**) أي : والدعوىٰ فيما لا قسامة فيه .

قال : (. . **فله أن يقول للمدعي : ألك بينة؟**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٣٩] عن وائل بن حجر : أن رجلاً من حضرموت وآخر من كندة أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي : يا رسول الله ؛ إن هـٰذا غلبني علىٰ أرض كانت لأبي ، فقال الكندي : هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق ، فقال صلى الله عليه وسلم للحضرمي : « ألك بينة؟ » قال : لا ، قال : « فلك يمينه » .

وفي وجه : لا يقول له ذلك ؛ لأنه كالتلقين .

قال : (**وأن يسكت**) ؛ تحرزاً من اعتقاد ميله إلى المدعي .

وقيل : له أن يقول : قد أنكرك فهل لك بينة ، أو ما تقول؟

قال : (**فإن قال : لي بينة وأريد تحليفه . . فله ذلك**) ؛ لأنه إن تورع عن اليمين وأقر . . سهل الأمر على المدعي ، واستغنى عن إقامة البينة ، وإن حلف . . أقام البينة ، وإن كذبه . . فله إذنْ في التحليف غرض صحيح .

قال : (**أو لا بينة لي ، ثم أحضرها . . قبلت في الأصح**) ؛ لأنه ربما لا يعرف ، أو نسي ثم عرف وتذكر .

والثاني : لا يقبل ، ونسبه الماوردي إلى الأكثرين ؛ للمناقضة ، فلنفيه البينة ثلاث صور :

إحداها : لا بينة لي حاضرة ، فإذا أحضرها . . سمعت جزماً .

الثانية : لا بينة لي حاضرة ولا غائبة ، ثم يأتي ببينة ، والأصح في « أصل الروضة » سماعها .

الثالثة : لا بينة لي ، وهي صورة الكتاب ، فلو قال : شهودي عبيد أو فسقة ، ثم يأتي بأحرار عدول . . قبلت شهادتهم إن مضىٰ زمان يمكن فيه العتق والاستبراء ، كذا قاله الشيخان .

وينبغي القبول وإن لم يمض الزمان كما لو قال : لا بينة لي ؛ لأنه قد لا يطلع على الحرية والعدالة ، ثم يطلع عليهما .

ولو قال : كل بينة أقيمها باطلة أو كاذبة أو بينة زور ، ثم أحضرها . . قبلت في الأصح ؛ لأنه ربما لم يعرف أو نسي ثم عرف وتذكر .

والثاني : لا ؛ للمناقضة ، إلا أن يذكر لكلامه تأويلاً ، ككنت جاهلاً أو ناسياً ، ونسبه الماوردي والروياني إلى الأكثرين .

فرع :

قال المدعي للمدعىٰ عليه : أبرأتك من اليمين . . سقط حقه من اليمين في هـٰذه الدعوىٰ ، وله استئناف الدعوىٰ وتحليفه ، كذا قاله الشيخان .

قال ابن الرفعة : يظهر أنه لا تسوغ الدعوىٰ عليه ثانياً ؛ لانقطاع الخصومة .

قال : (**وإذا ازدحم خصوم . . قدم الأسبق**) ؛ لأنه أحق من المتأخر بسبقه ، والاعتبار بسبق المدعي دون المدعىٰ عليه .

قال : (**فإن جهل أو جاؤوا معاً . . أقرع**) ؛ قطعاً للمنازعة ، فإن آثر بعضهم بعضاً . . جاز ، فإن كثروا وعسر الإقراع . . كتب أسماءهم في رقاع ووضعت بين يديه

ليأخذ واحدة واحدة ، فيسمع دعوىٰ من خرج اسمه ، قاله ابن الصباغ وغيره ، وفسر الروياني الإقراع بهٰذا .

وتقديم القاضي الأول فالأول علىٰ سبيل الوجوب ، فإن كان فيهم مريض يتضرر بالصبر إلىٰ نوبته . . قال الروياني : الأولىٰ لغيره تقديمه ، فإن لم يفعلوا . . قدمه القاضي إن كان مطلوباً ، ولا يقدمه إن كان طالباً .

فرع :

الازدحام على المفتي والمدرس فيما هو من العلوم فرض كفاية كالازدحام على القاضي ، فيقدم بالسبق ، وإن كان ذلك العلم لا يجب تعلمه . . فالخبرة إلى المعلم والمفتي ، وفي وجه : يجوز تخصيص بعضهم .

وقال الإمام والغزالي : الأولى المنع منه ؛ فإنه لا يدري من المفلح منهم ، فيعم الجميع ، فإن لم يتأت تعليم الجميع . . قدم بالسبق أو بالقرعة .

قال : (**ويقدم مسافرون مستوفزون ونسوة وإن تأخروا**) ؛ لدفع الضرر ، ولأن النساء عورة .

و(المستوفز) : الذي شد رحله ، ويضره التخلف عن الرفقة .

قال الرافعي : وينبغي أن لا يفرق في المسافر والمرأة بين المدعي والمدعىٰ عليه ، والأصح : أن تقديمهما مستحب ، ومنهم من يشعر كلامه بالوجوب .

والمسافرون بعضهم مع بعض كالمقيمين ، فيعتبر السبق والقرعة ، وكذا النسوة ، فلو تعارضت النسوة والمسافرون . . ففي المقدم منهما نظر .

وقوله :(وإن تأخروا) راجع إلى المسافرين والنسوة ، وغلب المذكر على المؤنث .

وكذا قوله :(ما لم يكثروا) .

وإطلاقه النسوة يفهم أنه لا فرق بين الشابة والعجوز ، والقياس إلحاق العجوز بالرجال ؛ لانتفاء المحذور ، ومن له مريض بلا متعهد ينبغي إلحاقه بالمريض ،

مَا لَمْ يَكْثُرُوا ، وَلاَ يُقَدَّمُ سَابِقٌ وَقَارِعٌ إِلاَّ بِدَعْوَىٰ ، وَيَحْرُمُ ٱتِّخَاذُ شُهُودٍ مُعَيَّنِينَ لاَ يَقْبَلُ غَيْرَهُمْ ، وَإِذَا شَهِدَ شُهُودٌ فَعَرَفَ عَدَالَةً أَوْ فِسْقاً . . عَمِلَ بِعِلْمِهِ ، . . . . .

وينبغي تقديم المسلم على الكافر كما يرفعه عليه في المجلس .

قال : (**ما لم يكثروا**) ؛ دفعاً للضرر عن المقيمن في الأولىٰ وعن الرجال في الثانية .

قال : (**ولا يقدم سابق وقارع إلا بدعوىٰ**) واحدة ؛ لئلا يطول على الباقين ، فإن كان له دعوىٰ أخرىٰ . . فليحضر في مجلس آخر وينتظر فراغ القاضي ، وحينئذ تسمع دعواه الثانية ، سواء كانت على الذي ادعىٰ عليه أولىٰ أو علىٰ غيره .

وفي وجه ضعيف : أن الزيادة على الأولىٰ مسموعة إذا اتحد المدعىٰ عليه .

وعلىٰ هـٰذا : قال في « الوسيط » : تسمع إلىٰ ثلاث دعاوىٰ ، ومنهم من أطلقه .

قال : (**ويحرم اتخاذ شهود معينين لا يقبل غيرهم**) ؛ لمخالفة قوله تعالىٰ : ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « شاهداك أو يمينه » ، والإجماع علىٰ قبول كل عدل ، ولأن فيه مشقة على الناس في قطع المسافة إليهم .

قال الماوردي : وأول من فعل ذلك إسماعيل بن إسحاق المالكي ، وتبعه بعض القضاة في البلاد ، وهل ذلك مكروه أو حرام؟ الذي في « البحر » و« الحاوي » الأول ، وجزم القاضي أبو الطيب بالثاني ، وعبارة « الروضة » : لا يجوز ، فإن رتب قوماً وكان يقبل غيرهم . . فلا كراهة .

قال : (**وإذا شهد شهود فعرف عدالة أو فسقاً . . عمل بعلمه**) فترد شهادة الفاسق ، ولا يحتاج أن يبحث عن عدالة العدل ، وقد تقدم فيه وجه عند القضاء بالعلم .

فرع :

شهد عليه معروفان بالعدالة قبل الحكم ، ثم اعترف . . فقيل : يستند الحكم إلى الإقرار فقط ، والصحيح : إلى المجموع .

وَإِلاَّ . . وَجَبَ ٱلاسْتِزْكَاءُ بِأَنْ يَكْتُبَ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ ٱلشَّاهِدُ وَٱلْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَكَذَا قَدْرُ ٱلدَّيْنِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَيَبْعَثُ بِهِ مُزَكِّياً . . . .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يعرف منهم عدالة ولا فسقاً (. . **وجب الاستزكاء**) وبهـٰذا قال مالك وأحمد ؛ لأنه حكم بشهادة ، فيسقط فيه البحث عن شرطها كما إذا طعن الخصم ، ولا يجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال المسلم العدالة ، كما لا يجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال من كان في دار الإسلام الإسلام .

هـٰذا في جهل العدالة والحرية ، فأما في جهل الإسلام . . فيرجع فيه إلىٰ قولهم ؛ لأنهم قادرون علىٰ إنشائه .

وفي « الحاوي » في (كتاب الشهادات) وجه : أنه لا يقنع بقوله : إني مسلم ، حتىٰ يختبر بالإتيان بالشهادتين .

وفي الحرية وجه : أنه يرجع لقوله ، وقال في « المهذب » : إنه ظاهر النص .

ومحل ما ذكره إذا لم يصدقهما الخصم ، فإن صدقهما فيما شهدا به . . قضىٰ بإقراره ، ولا حاجة إلى البحث ، لـٰكن الحكم هنا بالإقرار لا بالبينة ، ثم بين المصنف كيفية الاستزكاء فقال :

(**بأن يكتب ما يتميز به الشاهد**) من اسم وكنية ولقب وولاء إن كان ، واسم أبيه وجده وحِلْيته وحرفته وسوقه ومسجده ؛ لئلا يشتبه بغيره ، وإن كان مشهوراً وحصل التمييز ببعض هـٰذه الأوصاف . . كفىٰ .

قال : (**والمشهود له وعليه**) بأن يكتب ذلك ؛ لأنه قد يكون بينهما ما يمنع الشهادة له أو عليه من قرابة أو عداوة .

قال : (**وكذا قدر الدين على الصحيح**) ؛ لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير .

والثاني : لا يكتبه ؛ لأن العدالة لا تتجزأ ، فمن قبل في القليل . . قبل في الكثير .

قال : (**ويبعث به مزكياً**) ليعرفه حاله ، كذا في نسخة المصنف ، وفي « المحرر » : ويبعث به إلى المزكي ، وفي « الروضة » و« الشرحين » : ويكتب إلىٰ كل مزك كتاباً ويدفعه إلىٰ صاحب مسألته .

ثُمَّ يُشَافِهُهُ ٱلْمُزَكِّي بِمَا عِنْدَهُ ، وَقِيلَ : تَكْفِي كِتَابَتُهُ ، . . . .

وعبارة « التنبيه » : يكتب ذلك في رقاع ويدفعها إلىٰ أصحاب المسائل ، ولا يعلم بعضهم ببعض ، وأقلهم اثنان ، وقيل : يجوز واحد .

وأصل هـٰذا أنه ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل .

فأصحاب المسائل : الذين يبعثهم القاضي إلى المزكين ليعرفوه ما اتضح عندهم من أحوال الشهود .

والمزكون : هم الذين يرجع إليهم في أحوال الشهود .

وقيل : أصحاب المسائل اسم مشترك بين المزكين وبين رسل الحاكم إليهم .

ومراد المصنف بـ(المزكي) : اثنان ، لا ما يقتضيه لفظه من الوحدة .

قال : (**ثم يشافهه المزكي بما عنده**) ؛ لأن الحكم يقع بشهادته فاعتبر ذلك ، فإن اتصل به جرح . . لم يظهره ، بل يقول للمدعي : زدني في الشهود ، وإن كان تعديلاً . . عمل بمقتضاه .

وقوله : (يشافهه المزكي) إن أراد به صاحب المسألة ـ كما هو ظاهر عبارته ـ . . فذاك ، وسماه مزكياً ؛ لأنه ينقل للقاضي التزكية عن المزكين .

وإن أراد المبعوث إليه ـ كما اقتضاه كلام « المحرر » وغيره ـ . . فهو وجه قال به أبو إسحاق ، ومنعُ الاعتماد علىٰ قول أصحاب المسائل ؛ لأنهم شهود فرع ، وشهادة الفرع لا تقبل مع حضور شاهد الأصل .

قال : (**وقيل : تكفي كتابته**) أي : مع أصحاب المسائل إلى القاضي ، وهو الذي عليه الحكام في بلاد الإسلام ، يكتفون برؤية سجل العدالة .

والأصح : لا يكفي ؛ لأن القاضي لا يعتمد علىٰ خط نفسه وإن وثق ما لم يتذكر ، فكيف بخط غيره المحتمل التزوير .

قال الرافعي : هـٰذا ظاهر إن كان الحاكم يحكم بشهادة المزكيين ، فأما إذا ولي بعضهم الحكم بالعدالة والجرح . . فلتكن كتابة ككتاب القاضي ، وليكن الرسولان كالشاهدين علىٰ كتاب القاضي .

وَشَرْطُهُ كَشَاهِدٍ مَعَ مَعْرِفَةِ ٱلْجَرْحِ وَٱلتَّعْدِيلِ وَخُبْرَةِ بَاطِنِ مَنْ يُعَدِّلُهُ لِصُحْبَةٍ أَوْ جِوَارٍ أَوْ مُعَامَلَةٍ ، . . . .

قال : (**وشرطه كشاهد**) في الإسلام والتكليف والحرية والذكورة والعدالة ، وعدم العداوة في الجرح ، وعدم الأبوة والبنوة في التعديل ، فلا تسمع شهادة الأب بتعديل الابن وعكسه على الأصح .

قال : (**مع معرفة الجرح والتعديل**) ؛ ليكون علىٰ بصيرة من ذاك .

قال : (**وخبرة باطن من يعدله لصحبة أو جوار أو معاملة**) ؛ لما روى البيهقي [١٠/١٢٥] عن خرشة بن الحر قال : شهد رجل عند عمر بن الخطاب فقال : لا أعرفك ، ولا يضرك أن لا أعرفك ، ائت بمن يعرفك ، فقال رجل من القوم : أنا أعرفه ، فقال : بأي شي تعرفه؟ قال : بالعدالة والفضل ، قال : فهو جارك الأدنى الذي تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه؟ قال : لا ، قال : فعاملته بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع ؟ قال : لا ، قال : فرافقته في السفر الذي يستدل به علىٰ مكارم الأخلاق؟ قال : لا ، قال : لست تعرفه ، ثم قال للرجل : ائتني بمن يعرفك .

ومن جهة المعنىٰ أن الناس يخفون عوراتهم ، ولا يتحقق الاطلاع عليها ، فاعتبر ما يغلب على الظن بذلك ، وهو الخبرة الباطنة .

واعتبر الإمام والغزالي والجاجرمي شرطاً ثالثاً وهو : أن لا يكون المزكي من أهل الأهواء والعصبية والمماطلة واللجاج ؛ لأن اللجوج ينصر هواه ، ويرتكب ما يهواه ، ولا يرجع عن الخطأ ؛ لضعف تقواه .

وينبغي أن يكون المزكي وافر العقل ، ويجتهد في إخفاء أمرهم ؛ لئلا يشتهروا في الناس بالتزكية .

والمراد بالمزكي هنا : من يشهد بالعدالة لا أصحاب المسائل ، ولا تشترط فيهم الخبرة الباطنة إذا اكتفينا بشهادتهم كما صرح به ابن الرفعة .

قال الماوردي : ولا يجوز للحاكم أن يقول لهم : من أين لكم ذلك .

وَٱلأَصَحُّ : ٱشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَةٍ ، وَأَنَّهُ يَكْفِي : هُوَ عَدْلٌ ، وَقِيلَ : يَزِيدُ : عَلَيَّ وَلِي ، ....

تنبيه :

ظاهر إطلاق المصنف أنه لا يشترط التقادم في المعرفة الباطنة ، وظاهر لفظ الشافعي يقتضيه ، قال الرافعي : ويشبه أن شدة الفحص كالتقادم فليس ذكره للاشتراط ، بل لكون الغالب أن الباطن لا يعرف إلا به .

وسكت المصنف عن التعديل بالاستفاضة ، قال الرافعي : ولا يبعد أن له التعديل بذلك ، فإذا سمع الناس يذكرون صلاح شخص وأمانته وعدالته . . قال القاضي : له تعديله وإن لم يكن من أهل الخبرة بحاله إذا تكرر ذلك علىٰ سمعه مراراً بحيث يغلب علىٰ ظنه ، ويشهد له من السنة حديث الجنازة لما مر بها على النبي صلى الله عليه وسلم فأثنوا عليها خيراً فقال : « أنتم شهداء الله في الأرض »[1] .

قال : (**والأصح : اشتراط لفظ شهادة**) بأن يقول : أشهد أنه عدل ، كسائر الشهادات .

والثاني : لا يشترط ، بل يقوم مقامها : أعلم وأتحقق وغيرهما ، وهو شاذ .

قال : (**وأنه يكفي : هو عدل**) ؛ لأنه أثبت العدالة التي اقتضاها ظاهر قوله تعالىٰ : ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ، وهـٰذا نص عليه في « حرملة » .

قال : (**وقيل : يزيد : عليَّ ولي**) ، قال الإمام : وهو أبلغ عبارات التزكية ، وهو المنصوص في « الأم » و« المختصر » .

وظاهر عبارته أنه لا فرق بين أن يقدم عليَّ أو لي .

وفي « الرونق » و« اللباب » : لا يقبل حتىٰ يقول : لي و عليَّ ، فإن قال : عليَّ و لي . . لم يقبل في أحد الوجهين .

والثاني : يقبل ، سواء قدم أو أخر ، وهو غريب .

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٦٧) ، ومسلم (٩٤٩) .

ولا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر على الأصح ، وعن « كتاب حرملة » جوازه ، والمذهب الأول .

ولا يحصل التعديل بقوله : لا أعلم منه إلا خيراً ؛ لأنه قد لا يعرف منه إلا الإسلام ، ولا بقوله : لا أعلم منه ما يوجب رد الشهادة ؛ لأنه قد لا يعرف منه ما يوجب القبول أيضاً .

قال : (**ويجب ذكر سبب الجرح**) وإن كان الجارح ذا فضل وفقه كما قاله في « الأم » ؛ لأن أسبابه مختلف فيها ، وقد يظن الشاهد ما ليس بجرح جرحاً .

وعلم من كلام المصنف أنه لا بد من التصريح بالسبب ، وهو الصحيح ، فيقول : هو زان أو سارق أو قاذف أو كاذب ونحو ذلك ، لـٰكن هل يشترط ذكر رؤية السبب أو سماعه بأن يقول : رأيته يزني أو سمعته يقذف؟ وجهان : أقيسهما : لا ، فإذا بين السبب. . نظر فيه القاضي بعد ذلك .

وقال الإمام والغزالي : إذا كان الجارح عالماً بالأسباب. . اكتفي بإطلاقه ، وإلا. . فلا .

وقيل : يكفي التعريض بذكر ما ينبه علىٰ ما يقع به الجرح مثل أن يسكت ، أو يستعفي عن ذكره ، أو يقول : الله أعلم بالسرائر ، حكاه القاضي والإمام ، ولا يجعل الجارح بذكر الزنا قاذفاً ؛ للحاجة إلىٰ ذلك كالشاهد .

قال المصنف : والصواب : أنه غير قاذف وإن لم يوافقه غيره ؛ لأنه مسؤول عنه ، فهو في حقه فرض كفاية أو عين ، بخلاف شهود الزنا ؛ فإنهم مندوبون إلى الستر مقصرون .

وأما التعديل. . فلا حاجة إلىٰ بيان سببه ؛ لأن العدالة بالتحرز من أسباب الفسق ، وهي كثيرة يعسر ضبطها وعدها .

وفي « العدة » وجه ضعيف : أنه يجب بيان سببه أيضاً ، وجزم به في « الحاوي » في موضعين ، ولا يخفىٰ أن الجرح لا يكون إلا عند القاضي ، أو من نصبه للجرح أو التعديل .

وَيَعْتَمِدُ فِيهِ ٱلْمُعَايَنَةَ أَوْ ٱلِاسْتِفَاضَةَ ، وَيُقَدَّمُ عَلَى ٱلتَّعْدِيلِ ، فَإِنْ قَالَ ٱلْمُعَدِّلُ : عَرَفْتُ سَبَبَ ٱلْجَرْحِ وَتَابَ مِنْهُ وَأَصْلَحَ . . قُدِّمَ ، . . . .

قال : (**ويعتمد فيه**) أي : في الجرح (**المعاينة**) والسماع كما إذا رآه يزني أو يشرب الخمر ، أو سمعه يقذف إنساناً ، أو يقر علىٰ نفسه بذلك .

قال : (**أوالاستفاضة**) وكذا خبر التواتر ؛ لحصول العلم بذلك ، أما العدد اليسير . . فلا يجرح بقولهم ، لـٰكن له أن يشهد علىٰ شهادتهم بشرطه .

وقيل : يعتمد خبر واحد من الجيران إذا وقع في القلب صدقه .

وقال في « العدة » : إذا استفيض فسق الشاهد للناس . . فلا حاجة إلى البحث والسؤال ، ويجعل المستفيض كالمعلوم .

قال : (**ويقدم على التعديل**) ؛ لزيادة علم الجارح ، لأن التعديل بأمر ظاهر والجرح بباطن فقدمت شهادة علم ما خفي علىٰ غيره ، كما لو قامت بينة على الحق وبينة على الإبراء . . تقدم بينة الإبراء ؛ لأن المعدل ناف والجارح مثبت فهو أولىٰ ، وكذلك الحكم لو جرحه اثنان وعدله ثلاثة فأكثر إلىٰ مئة ، قاله القاضي حسين وغيره ، وألحق به الإمام ما لو عدلوه وتحقق القاضي فسقه بالتسامع .

قال : (**فإن قال المعدل : عرفت سبب الجرح وتاب منه وأصلح . . قدم**) ؛ لزيادة العلم ، وهـٰذا كالمستثنىٰ من تقديم بينة الجرح .

وفي « البيان » عن الأصحاب استثناء صورة أخرىٰ ، وهي ما إذا شهد بالجرح في بلد ثم انتقل لبلد أخرىٰ فشهد اثنان بالتعديل . . فتقدم على الجرح ؛ لأن العدالة طارئة على الجرح ، والتوبة ترفع المعصية .

واقتصر في « الذخائر » على استثناء هـٰذه الصورة ، وقال : لا يشترط اختلاف البلدين ، بل لو كانا في بلد واختلف الزمان . . فكذلك ، كذا أطلقوه .

قال ابن الرفعة : وينبغي أن يخص بتخلل مدة الاستبراء بينهما . اهـ

وهو الذي نص عليه في اختلاف العراقيين من « الأم » .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَكْفِي فِي ٱلتَّعْدِيلِ قَوْلُ ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ : هُوَ عَدْلٌ وَقَدْ غَلِطَ . .

قال : (**والأصح : أنه لا يكفي في التعديل قول المدعىٰ عليه : هو عدل وقد غلط**) أي : فيما شهد به ؛ لأن الاستزكاء حق لله تعالىٰ ، ولأن الحكم بشهادته حكم بتعديله ، وهو لا يثبت بواحد .

والثاني : يحكم بشهادته بلا بحث ؛ لأن البحث لحقه وقد اعترف بعدالته ، وهٰذه المسألة محلها فيما تقدم عند قوله : (وإلا . . وجب الاستزكاء) ، وهناك ذكرها في « المحرر » .

فرع :

عُدِّل الشاهد ثم شهد في واقعة أخرىٰ ، فإن لم يطل الزمان . . حكم بشهادته ، ولا يطلب تعديله ثانياً ، وإن طال . . فوجهان : أصحهما : يطلب تعديله ؛ لأن طول الزمان يؤذن بتغير الحال ، كما قيل : تغير الأوقات ينكر المعارف ، ثم يجتهد الحاكم في طوله وقصره .

وقال بعض الأصحاب : يسأل عنه في كل ستة أشهر ، ولو قيل : كل سنة . . كان أولىٰ .

وإذا عدل شاهد والقاضي يتحقق فسقه بالتسامع . . قال الإمام : يجب القطع بأنه يتوقف فيه ، ولا يقضي بعلمه .

تتمة :

إذا ارتاب القاضي بالشهود أو توهم غلطهم لخفة عقل وجدها فيهم . . فينبغي أن يفرقهم ، ويسأل كل واحد عن وقت تحمل الشهادة عاماً وشهراً ويوماً وغدوة وعشية ، وعن مكانه محلة وسكة وداراً وصفة وصحناً ، ويسأل أتحمل الشهادة وحده أم مع غيره ، وأنه كتب شهادته أم لا ، وأنه كتب قبل فلان أو بعده ، وكتبوا بحبر أو مداد ونحو ذلك ، يستدل علىٰ صدقهم إن اتفقت كلمتهم ، ويقف علىٰ عورة إن لم تتفق .

. . . .

ويقال : إن أول من فرق الشهود دانيال النبي عليه السلام ، شهد عنده شهود بالزنا على امرأة ففرقهم وسألهم فقال أحدهم : زنت بشاب تحت شجرة كمثرىٰ ، وقال آخر : تحت شجرة تفاح ، فعرف كذبهم .

وفرق الشهود داوودُ عليه السلام ، ثم علي كرم الله وجهه .

أما إذا لم تكن ريبة بأن كانوا وافري العقل فقهاء . . لم يفرقهم ؛ لأن فيه تهمة لهم وطعناً فيهم ، وقال الروياني : يفرقهم .

ثم إن التفريق والاستفصال جعله الغزالي بعد التزكية ، والصحيح : أنه قبلها ، فإن اطلع علىٰ عورة . . استغنىٰ عن الاستزكاء والبحث عن حالهم ، وإن لم يطلع ، فإن عرف عدالتهم . . حكم ، وإلا . . استزكىٰ ، وهل هٰذا التفريق والاستفصال واجب أو مستحب؟ فيه أوجه : الصحيح : أنه مستحب ، وقيل : واجب ، وقيل : إن سأله الخصم . . وجب ، وإلا . . فلا .

* * *

خاتمة

قال الشيخ : اختلف الفقهاء في أن الثبوت حكم بالثابت أو ليس بحكم ، والصحيح عندنا وعند المالكية : أنه ليس بحكم ، وعند الحنفية : أنه حكم ، ولا يتجه في كونه حكماً إلا أنه حكم بتعديل البينة وقبولها وجريان ذلك الأمر المشهود به ، وله فائدتان : عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها ، وجواز التنفيذ في البلد ، فإن في تنفيذ الحكم في البلد من غير اقترانه بحكم خلافاً .

فإذا صرح بالحكم كما ذكرناه . . جاز التنفيذ ، وأما صحته . . فالصحيح : أنه لا يدل عليها ؛ لأن الحاكم قد يثبت الشيء ثم ينظر في كونه صحيحاً أو باطلاً ، وكثيراً ما يوجد في إسجالات الحكام : ليسجل بثبوته والحكم به ، فيحمل على التصرف المعهود كما هو الواقع اليوم في الكتب الحكمية ، والمراد : ذلك التصرف المدرج في

. . . .

الكتاب ، وقد يكون صحيحاً مجمعاً عليه ، وقد يكون فاسداً مجمعاً عليه ، وقد يكون مختلفاً فيه .

وقد يقع في ألفاظ الحكام : الحكم بما قامت به البينة ، فـ(ما) إن كانت مصدرية . . فهو كقوله : بقيام البينة ، وإن كانت موصولة ـ وهو الظاهر ـ فهي كإثبات جريان العقود المحكوم بها ، فالقاضي تارة يقتصر على الثبوت ، وتارة يضيفه إلى الأحكام كقوله : ثبت عندي أن هـٰذه الدار وقف ، أو ملك فلان ، أو أن هـٰذه المرأة زوجة فلان ، فهـٰذا مثل الحكم لا يمكن التعرض لنقضه ، إلا أن يتحقق أن مستنده جريان عقد مختلف فيه كقول الحنفي : ثبت عندي أن هـٰذه زوجة فلان زوجته نفسها ونحو ذلك ، فإن قلنا : الثبوت حكم . . امتنع علىٰ غيره إبطاله ، وإن قلنا : ليس بحكم . . لم يمتنع .

وأما إذا حكم بصحة العقد . . فهـٰذه أعلىٰ درجات الحكم ، فلا سبيل إلىٰ نقضه باجتهاد مثله ، فإذا كان في محل مختلف فيه اختلافاً قريباً . . لم ينقض فيه قضاء القاضي ، وكثيراً ما يكتب : ليسجل بثبوته وصحته ، فيحتمل عود الضمير على الثبوت ، فيراجع فيه ، فإن عسرت المراجعة . . حمل على الحكم ؛ لصحة التصرف ، كما لو صرح به لأنه المتعارف .

ومعنىٰ صحته : كونه بحيث تترتب آثاره عليه ، ومعنىٰ حكم القاضي بذلك : إلزامه لكل أحد .

فإذا كان في محل مختلف فيه . . نفذ وصار كالمجمع عليه ، ومن شرط هـٰذا الحكم : ثبوت ملك المالك ، وحيازته ، وأهليته ، وصحة صيغته في مذهب القاضي .

وأما الحكم بالموجب . . فهو أحط رتبة من الحكم بالصحة ؛ فإن الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء : أهلية التصرف ، وصحة الصيغة ، وأن التصرف في محله ، ولذلك اشترط فيه ثبوت الملك والحيازة ، والحكم بالموجب يستدعي شيئين : أهلية التصرف ، وصحة الصيغة فيحكم بموجبهما .

. . . .

ومعناه : أنه إن كان مالكاً . . صح ، فكأنه حكم بصحة تلك الصيغة الصادرة من ذلك الشخص ، وهٰذا نافع في الصور المختلف فيها ، فإذا وقف علىٰ نفسه فحكم حاكم بموجب ذلك . . كان حكماً منه بأن الواقف من أهل التصرف ، وأن صيغته هٰذه صحيحة حتىٰ لا يحكم بعده ببطلانها من يرى الإبطال ، وليس حكماً بصحة وقفه ، وذلك لتوقفه علىٰ كونه مالكاً لما وقفه ولم يثبت ، فإذا ثبت حُكِمَ حينئذ بصحة الوقف ، والرافع للخلاف الحكمُ بصحة الصيغة ؛ لأنه المختلف فيه .

وإنما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك ؛ لأنه قد يعسر إثبات الملك وهٰذه اللفظة ـ وهي الحكم بالموجب ـ لا توجد في شيء من كتب المذاهب إلا في كتب أصحابنا .

فإن قيل : الموجب أمر مبهم يحتمل أن يكون الصحة ، ويحتمل أن يكون غيرها ، وحكم القاضي إذا لم يعين... لم يصح ، فلا يرفع الخلاف .

ولا يمنع الحكم من قاض يرىٰ خلاف ذلك ، ويدل لذلك ما نقله الرافعي عن أبي سعد الهروي ـ ومال إليه ـ : أن ما يكتب علىٰ ظهور الكتب الحكمية وهو : صح ورود هٰذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه . . ليس بحكم ؛ لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة .

فالجواب : أنا إذا أعدنا الضمير على الكتاب . . صح ما قالاه ؛ لأن مضمون الكتاب وموجبه صدور ما تضمنه من إقرار ، وأنه ليس بزور ، فلذلك قال الرافعي : إنه ليس بحكم ، وهٰذا صحيح إذا أريد ذلك أو احتمل ، أما إذا حكم بموجب الوقف أو موجب الإقرار . . فليس موجبه إلا كونه وقفاً ، أو كون المقر به لازماً .

وقول من قال : (موجبه يحتمل الصحة والفساد) ممنوع ؛ فاللفظ الصحيح : موجبه حكمه ، واللفظ الفاسد لا يوجب شيئاً .

وإذا كان اللفظ يحتمل موجبين . . وجب على الحاكم أن يبين حكمه ، وإبهام ذلك لا يجوز عند القدرة ، إلا أن يخشىٰ من ظالم ونحوه كما قاله الرافعي في موضع آخر ،

. . . .

فيفعل ذلك ملاينة له ، فإذا علم ذلك . . عمل بمقتضاه ، وبدون ذلك لا يحمل حكم القاضي إلا على البيان الواضح .

فتلخص : أنه إذا حكم بموجب وقف أو بيع أو إقرار ونحوها . . فهو حكم على العاقد بمقتضىٰ قوله ، وعلى المقر بمقتضىٰ إقراره ، وليس لحاكم آخر نقضه لاقتضاء مذهبه بطلانه ؛ لأن فيه نقض الاجتهاد بالاجتهاد .

* * *

باب القضاء على الغائب

لم يبوب له في « المحرر » ، بل جعله فصلاً ، وترجمه الشافعي وكثير من الأصحاب بـ(باب كتاب القاضي إلى القاضي) ؛ لأنه مقصود الباب .

والأصل في جواز العمل بكتب القضاة الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب . . فقصة سليمان عليه السلام وبلقيس في قوله تعالىٰ : ﴿ إِنِّيٓ أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَٰبٞ كَرِيمٌ ﴾ الآية ، فأنذرها بكتابه ، ودعاها إلىٰ دينه بطيب خطابه ، واقتصر منه علىٰ قوله : ﴿ أَلَّا تَعْلُواْ عَلَيَّ وَأْتُونِي مُسْلِمِينَ ﴾ فأوجز واختصر .

وهكذا تكون كتب الأنبياء في لفظها المختصر .

وأما السنة . . فإن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلىٰ كسرى ابن هرمز أن أسلم تسلم والسلام ، فلما وصل إليه كتابه . . مزقه ، فدعا عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، فمزق الله ملكه[1] .

وكتب إلىٰ قيصر ، فلما وصل إليه كتابه وضعه علىٰ رأسه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « ثبت الله ملكه » فكان كما قال .

وكتب صلى الله عليه وسلم إلىٰ عمرو بن حزم كتابه المشهور في الأحكام والديات ، وجهز صلى الله عليه وسلم جيشاً وأمَّر عليهم عبد الله بن جحش ، ودفع إليه كتاباً مختوماً وقال : « لا تنقضه حتىٰ تبلغ موضع كذا ، فإذا بلغته فاقرأه واعمل بما فيه » ففعل ذلك[2] .

---

(١) البخاري (٦٤) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٨٧٩٥) ، والبيهقي (٩/ ١٧٧) ، وأحمد (١/ ٢٤٣) .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب العلم : باب ما يذكر في المناولة تعليقاً ، والطبراني في « الكبير » (٢/ ١٦٢) .

وأجمع الخلفاء الراشدون على الكتابة إلىٰ أمرائهم وقضاتهم ، وقد تقدم عهد عمر إلىٰ أبي موسىٰ .

وكتب علي إلى ابن عباس :

أما بعد : فإن الإنسان يسره درك ما لم يكن ليفوته ، ويسوؤه فوت ما لم يكن ليدركه ، فلا تكن بما نلت من دنياك فرحاً ، ولا بما فاتك منها ترحاً ، ولا تكن ممن يرجو الآخرة بغير عمل ، ويؤخر التوبة بطول أمل ، فكأن قد والسلام .

قال ابن عباس : ما انتفعت ولا اتعظت بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثل هـٰذا الكتاب .

ولم يزل الحكام من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الآن يكتب بعضهم إلىٰ بعض ، ويعملون علىٰ ذلك من غير إنكار .

ولأن ضرورات الحكام إلىٰ ذلك داعية ؛ إذ في المنع منه إضاعة للحقوق التي ندبوا إلىٰ حفظها .

قال : (هو جائز) أي : في الجملة ؛ للحاجة ، وبه قال مالك وأحمد ، واستدلوا له بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهند : « خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1] وكان قضاء منه علىٰ زوجها أبي سفيان وهو غائب .

وقال عمر في قصة الأسيفع : من كان له عليه دين .. فليأتنا غداً ؛ فإنا بائعوا ماله وقاسموه بين غرمائه ، وكان الأسيفع غائباً ، هـٰكذا ترجم عليه البخاري .

وفي الاستدلال بحديث هند نظر ؛ لأن أبا سفيان كان حاضراً بمكة كما رواه الحاكم وغيره ، ولهـٰذا قال في « شرح مسلم » : لا يصح الاستدلال به ؛ لأن شرط صحة القضاء على الغائب أن لا يكون في البلد ، أو مستتراً لا يقدر عليه كما سيأتي ، وذكر الرافعي في (النفقات) ما يدل علىٰ أن ذلك كان استفتاء .

وحكى المزني قولاً للشافعي بمنعه كمذهب أبي حنيفة ، وألحق القاضي حسين

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢١١) ، ومسلم (١٧١٤) .

إِنْ كَانَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَٱدَّعَى ٱلْمُدَّعِي جُحُودَهُ ، فَإِنْ قَالَ : هُوَ مُقِرٌّ . لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . فَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهَا تُسْمَعُ ، . . . .

بالغائب ما إذا أحضره المجلس فهرب قبل أن يسمع الحاكم البينة ، أو بعده وقبل الحكم . . فإنه يحكم عليه قطعاً .

قال : (**إن كان عليه بينة وادعى المدعي جحوده**) أشار إلىٰ أن لجوازه شرطين :

أحدهما : أن تكون عليه بينة ؛ لأن الدعوىٰ لقصد ثبوت الحق ، وطريقه محصورة في إقرار أو يمين مردودة أو بينة ، والأولان مفقودان عند غيبة المدعىٰ عليه ، فلو قلنا : لا تسمع . . لجعلت الغيبة طريقاً إلىٰ إسقاط الحقوق .

الشرط الثاني : أن يدعي المدعي جحوده ؛ لأن البينة شرط ، وهي لا تقام علىٰ مقر ، فاحتيج إلى التصريح بالجحود .

وعلم من كلامه أنه لا يكلف البينة على الجحود ، وحكى الإمام فيه الاتفاق ، قال : وهي من المشكلات ؛ فإنه إن كان يدعي جحوده في الحال . . فهو محال ؛ لأنه لا يعلم حاله ، وإن كان يدعي جحوده لما كان حاضراً . . فالقضاء في الحال لا يرتبط بجحود ماض .

قال : (**فإن قال : هو مقر**) أي : وأنا أقيم البينة استظهاراً مخافة أن ينكر (. . **لم تسمع بينته**) لتصريحه بالمنافي لسماعها ؛ إذ لا فائدة فيها مع الإقرار .

قال : (**وإن أطلق**) أي : لم يتعرض لجحود ولا إقرار (. . **فالأصح : أنها تسمع**) ؛ لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته ، ويحتاج إلى الإثبات ، فجعلت الغيبة كالسكوت .

والثاني : لا تسمع إلا عند تعرض البينة للجحود ؛ لأن البينة إنما يحتاج إليها عنده .

فعلىٰ هـٰذا : يشترط أن يقول : هو جاحد ، وعلى الأول الشرط أن لا يقول : وهو مقر .

وفي « فتاوى القفال » أن هـٰذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة ليكتب القاضي به إلىٰ حاكم بلد الغائب ، فأما إذا كان للغائب مال حاضر وأراد إقامة البينة علىٰ دينه ليوفيه

وَأَنَّهُ لاَ يَلْزَمُ ٱلْقَاضِيَ نَصْبُ مُسَخَّرٍ يُنْكِرُ عَنِ ٱلْغَائِبِ ، وَيَجِبُ أَنْ يُحَلِّفَهُ بَعْدَ ٱلْبَيِّنَةِ : أَنَّ ٱلْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ ، وَقِيلَ : يُسْتَحَبُّ ، . . . .

القاضي . . يسمع بينته ويوفيه ، سواء كان مقراً أو جاحداً .

ويقوم مقام الجحود ما في معناه ، كما لو اشترىٰ عيناً وخرجت مستحقة فادعى الثمن على البائع الغائب . . فلا خلاف أنها تسمع وإن لم يذكر الجحود ؛ لأن إقدامه على البيع كاف في الدلالة علىٰ جحوده ، قاله الإمام والغزالي .

قال : (**وأنه لا يلزم القاضي نصب مسخر ينكر عن الغائب**) ؛ لأن الغائب قد يكون مقراً فيكون إنكار المسخر كذباً .

قال الرافعي : ومقتضىٰ هـٰذا التوجيه : أنه لا يجوز نصب المسخر ، لـٰكن الذي أورده أبو الحسن العبادي وغيره أنه مخير بين النصب وعدمه .

والثاني : يلزمه ؛ لتكون البينة علىٰ إنكار منكر ، قال في « المطلب » : وهو قياس المذهب في الدعاوىٰ على المتمرد .

قال : (**ويجب أن يحلفه بعد البينة : أن الحق ثابت في ذمته**) ؛ لأن المدعىٰ عليه لو كان حاضراً . . لكان له أن يدعي براءته منه ويحلفه ، فينبغي للقاضي أن يحتاط له فيحلفه بعد قيام البينة وتعديلها أنه ما أبرأ عن الدين الذي يدعيه ولا عن شيء منه ، ولا اعتاض ولا استوفىٰ ولا أحال عليه ، ولا أخذ من جهته ، بل هو ثابت في ذمة المدعىٰ عليه ، يلزمه أداؤه .

ويجوز أن يقتصر في حلفه علىٰ ثبوت المال في ذمته ووجوب تسليمه .

وفيما قاله الجمهور إشكال ؛ لأن المدعىٰ عليه لو كان حياً حاضراً عاقلاً وقال بعد إقامة البينة : حلِّفْهُ على استحقاقه ما ادعاه . . لم يجب إليه ؛ لأن فيه قدحاً في البينة ، فكيف يحلفه عليه في غيبته؟!

وأجاب بعضهم بفرض المسألة فيما إذا قامت البينة علىٰ إقراره ، فإن المدعىٰ عليه لو كان حياً حاضراً عاقلاً وصدق الشهود ولـٰكن قال : أشهدت علىٰ أنه يقبضني فلم يقبضني . . كان له تحليفه على الصحيح .

قال : (**وقيل : يستحب**) ؛ لأن دعوى الأداء و الإبراء دعوىٰ جديدة لا تفوت ،

وَيَجْرِيَانِ فِي ٱلدَّعْوَىٰ عَلَىٰ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ . وَلَوِ ٱدَّعَىٰ وَكِيلٌ عَلَى ٱلْغَائِبِ . . فَلاَ تَحْلِيفَ ، . . . .

وإليه ذهب الصيمري ، وبه جزم المتولي في (باب الفلس) ، وهو ظاهر كلام ابن سراقة في « التلقين » ، واستحسنه الإمام وقال : إنه منقاس .

ولا يشترط التعرض في اليمين لصدق الشهود ، بخلاف اليمين مع الشاهد ؛ لأن البينة هـٰهنا كاملة .

وفيه وجه : أنه يشترط ، لـٰكن يستثنىٰ من إطلاق المصنف ما إذا كان للغائب وكيل حاضر . . فالمشهور ـ كما قاله ابن الرفعة في كتابيه ـ : أنه لا يحتاج إلىٰ ضم اليمين إلى البينة .

قال : (**ويجريان في الدعوىٰ علىٰ صبي ومجنون**) ، و كذلك علىٰ ميت ليس له وارث حاضر ؛ لعجزهم عن التدارك ، بخلاف الغائب ، فإذا قدم الغائب أو بلغ الصبي . . فهو علىٰ حجته .

حادثة :

سئل الشيخ عماد الدين بن يونس عن رجل مات وخلف ورثة بعضهم غائبون وبعضهم أطفال ، ولهم رهن بدين علىٰ رجل ، فمات المديون أيضاً ، فحضر وكيل الغائبين وهو بمسافة القصر ووصيُ الأيتام مجلس الحكم ، وادعيا الدين والرهن وأثبتاه ، والتمسا من الحاكم بيع الرهن وصرف ثمنه في الدين ، فهل يجوز له بيعه وإيفاء الدين من ثمنه ، أو يتوقف البيع والإيفاء علىٰ حضور الغُيَّب وبلوغ الأطفال وحلفهم ، أو يباع الرهن ويوفى الدين وتوقف اليمين إلى الحضور والبلوغ؟ فقال : يباع ويوفى الدين من ثمنه ، وتوقف اليمين إلى الحضور والبلوغ .

قال : (**ولو ادعىٰ وكيل على الغائب . . فلا تحليف**) ، بل يحكم بالبينة ويعطي المال المدعىٰ به ؛ لأن التحليف على البت لا سبيل إليه ، وعلىٰ نفي العلم لا يفيد .

قال الرافعي : ويقال : إن المسألة وقعت بمرو ، وتوقف فيها فقهاء الفريقين ، ثم أفتى القفال بما ذكرناه .

ووجدتُ في « تعليق » الشيخ أبي حامد مثل هـٰذا الجواب في (باب الوكالة) ،

والسبب في ذلك : أنا لو وقفنا الأمر إلىٰ أن يحضر الموكل لانْجرَّ الأمر إلىٰ أن يتعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء . اهـ

وادعى الإمام في (الدعاوىٰ) إجماع الأصحاب عليه ، ونبه الشيخ في (باب الوقف) علىٰ أن المراد بفقهاء الفريقين : الفقهاء والمحدثون .

وفي « فتاوى ابن الصلاح » : لو ادعىٰ علىٰ ميت وأقام بينة ، ثم وكل وكيلاً وغاب إلىٰ مسافة القصر ، وطلب وكيله من الوارث إيفاء الدين مما في يده من التركة ، فأبى الوارث حتىٰ يحلف الوكيل علىٰ نفي المسقطات . . لم يكن له ذلك كما لو كانت الدعوىٰ علىٰ حاضر وادعىٰ ذلك .

قال : (**ولو حضر المدعىٰ عليه وقال لوكيل المدعي : أبرأني موكلك . . أُمر بالتسليم**) ، هـٰذه مسألة مبتدأة ليست من تمام التي قبلها ، وصورتها : أن يكون المدعىٰ عليه حاضراً ، فيدعي عليه وكيل صاحب الحق ويقيم البينة فيقول بعد إقامتها : موكلك الغائب أبرأني ، ويريد التأخير إلىٰ حضور الموكل فيحلفه . . فإنه لا يجاب إليه ، بل يؤمر بتسليم المدعىٰ به ، ثم يثبت الإبراء من بعد أن كانت له به حجة ، وهل له تحليف الوكيل علىٰ أنه لا يعلم أن موكله أبرأه؟ قال الشيخ أبو حامد : له ذلك ، ومن الأصحاب من خالفه وقال : لا يحلف الوكيل .

فرع :

يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر ، وهل تكفي يمين أم تشترط يمينان إحداهما لتكميل الحجة والثانية لنفي المسقطات؟ وجهان : أصحهما : الثاني .

فرع :

تعلق برجل وقال : أنت وكيل فلان الغائب ، ولي عليه كذا وأدعي عليك وأقيم البينة في وجهك ، فإن علم أنه وكيل وأراد أن لا يخاصم . . فليعزل نفسه ، وإن لم يعلم . . فينبغي أن يقول : لا أعلم أني وكيل ، وهل للمدعي إقامة بينة علىٰ وكالة من تعلق به؟ وجهان :

وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَىٰ غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ . . قَضَاهُ ٱلْحَاكِمُ مِنْهُ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ سَأَلَ ٱلْمُدَّعِي إِنْهَاءَ ٱلْحَالِ إِلَىٰ قَاضِي بَلَدِ ٱلْغَائِبِ . . أَجَابَهُ ، فَيُنْهِي سَمَاعَ بَيِّنَةٍ لِيَحْكُمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِيَ ، أَوْ حُكْماً لِيَسْتَوْفِيَ . . . .

أحدهما : نعم ؛ ليستغني عن ضم اليمين إلى البينة .

وأصحهما : لا ؛ لأن الوكالة حق فكيف تقام بينة بها قبل الدعوى؟! .

قال : (**وإذا ثبت مال علىٰ غائب وله مال . . قضاه الحاكم منه**) ؛ لأنه نائب عنه ، وكما لو كان حاضراً وامتنع .

والأصح : أنه إذا وفاه . . لا يطالب بكفيل ؛ لأن الأصل عدم الدافع والحكم قد تَمَّ .

فرعان :

أحدهما : اعترف المدعي بعد ثبوت دينه أن للغائب مالاً عنده ، فهل للحاكم قضاؤه منه من غير بينة علىٰ أنه ملك للغائب؟ أفتى ابن الصلاح بأن له ذلك ما لم يتصل بإقراره ما يمنعه ككونه رهناً لغيره ونحوه .

الثاني : إن قضىٰ دينه من الناض . . أحلفه عند الشروع في قضائه ، ثم قضىٰ بعد يمينه ، وإن كان يقضي من بيع العقار . . أحلفه قبل بيعه ، ثم بيع وقضي دينه من ثمنه ، ولا يجوز أن يباع قبل حلفه ؛ لجواز نكوله عن اليمين فيفوت استدراك البيع ، قاله الماوردي في (الدعاوىٰ) .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن له مال حاضر (**فإن سأل المدعي إنهاء الحال إلىٰ قاضي بلد الغائب . . أجابه**) ؛ مسارعة إلىٰ قضاء الحقوق .

قال : (**فينهي سماع بينة ليحكم بها ثم يستوفي ، أو حكماً ليستوفي**) أشار إلىٰ أن الغائب إذا لم يكن له مال حاضر وسأل المدعي الكتابة لقاضي بلد الغائب . . فللقاضي حالتان :

إحداهما : أن يثبت عنده الحق بسماع البينة ولا يحكم ، فيجوز له الإنهاء ليحكم بها بشرطه الآتي ، وهو بعد المسافة .

. . . .

والثانية : أن يثبت عنده ويحكم به ، فينهي ذلك لينفذه ؛ لما روى الأربعة[1] عن الضحاك بن سفيان قال : ولاني رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ بعض الأعراب ثم كتب إلي أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ، فورثتها .

ولأن الحاجة تدعو لذلك ؛ فإن من له بينة في بلد وخصمه في بلد آخر . . لا يمكنه حملها إلىٰ بلد الخصم ، ولا حمل الخصم إلىٰ بلد البينة ، فيضيع الحق .

ولا يشترط في هـٰذه الحالة بعد المسافة كما سنذكره ، ثم إنما يجيبه إذا كان أهلاً للقضاء ، فإن كان غير صالح . . ففي « الإيضاح » للصيمري : أن في جواز ترك مكاتبته وجهين .

وجه اللزوم : أنه من قبل الإمام ، فلزم أن يكتب إليه إذا علم أنه يوصل الحق إلىٰ أهله .

ومقتضىٰ ما صححه في « الروضة » في الشاهد إذا ادعىٰ لغير صالح الوجوب هنا أيضاً .

فرع :

يجوز للقاضي أن يطلق فيكتب إلىٰ كل من يصل إليه من قضاة المسلمين .

وعن أبي حنيفة : أنه لا يجوز الإطلاق الكلي ، وللقاضي أبي سعد الهروي حكاية مبنية علىٰ ذلك ، قال : تحملت شهادة مع الشيخ أبي سعيد المتولي علىٰ كتاب حكمي من قاضي هراة إلىٰ مجلس القاضي حسين ، وكانت الشهادة على الختم والعنوان إلىٰ كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، فرد القاضي الكتاب وقال : الشهادة على الختم دون مضمون الكتاب غير مقبولة عند الشافعي رضي الله عنه ، والعنوان من غير تعيين المكتوب إليه غير جائز عند أبي حنيفة رحمه الله ، فلا أقبل كتاباً اجتمع الإمامان علىٰ رده ، كما أن من احتجم وأمسك ذكره وصلىٰ . . لا تصح صلاته على المذهبين .

---

(١) أبو داوود (٢٩١٩) ، والترمذي (١٤١٥) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٦٣٢٩) ، وابن ماجه (٢٦٤٢) .

[وَٱلْإِنْهَاءُ : أَنْ يُشْهِدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ] . وَيُسْتَحَبُّ كِتَابٌ بِهِ يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ ٱلْمَحْكُومُ عَلَيْهِ . . . .

فإذا كان الكتاب إلىٰ معين ، فشهد شاهدا الحكم عند حاكم آخر . . فإنه تقبل شهادتهما ، ويمضيه اعتماداً على الشهادة .

وعند أبي حنيفة : لا يقبل غير المعين شهادتهما إذا لم يكتب : وإلىٰ كل من يصل إليه .

ويجري هٰذا الخلاف فيما إذا مات الكاتب وشهد الشاهدان علىٰ حكمه عند المكتوب إليه ، أو مات المكتوب إليه وشهدا عند من قام مقامه . . فعند أبي حنيفة : لا تقبل شهادتهما ولا يعمل بالكتاب ، وعندنا : تقبل شهادتهما ، ويمضى الحكم ، والعزل والجنون والعمىٰ كالموت .

ولو كتب القاضي إلىٰ خليفته ثم مات القاضي أو عزل . . تعذر على الخليفة القبول والإمضاء إن قلنا : ينعزل بانعزال الأصل .

[قال : (**والإنهاء : أن يشهد عدلين بذلك**)][1] .

قال : (**ويستحب كتاب به**) أي : قبل الإشهاد ؛ ليتذكر بذلك الشهود ، وإنما لم يجب ؛ لأن الاعتماد على الشهادة ، فلو شهد بخلاف ما فيه . . سمع .

وقيل : يجب عليه إن أوجبنا كتب السجل عند طلب الخصم .

وقيل : يجب مطلقاً ؛ فقد ينسى الشهود أو تختلف شهادتهم .

قال : (**يذكر فيه ما يتميز به المحكوم عليه**) من اسم وكنية وقبيلة وصنعة وحلية ، وكذا المحكوم له ؛ ليسهل التميز .

فإن لم يرفع في نسب المحكوم عليه إلىٰ أن يتميز . . فالحكم باطل ، حتىٰ لو أقر

---

(١) ما بين معقوفين من قول الإمام النووي رحمه الله ، ولم يتعرض له الدميري رحمه الله بتاتاً .
وإتماماً للفائدة نذكر هنا شرح الخطيب الشربيني رحمه الله في « مغني المحتاج » (٤/٥٤٦) : (**والإنهاء : أن يشهد عدلين بذلك**) أي : بسماع البينة خاصة ، أو الحكم باستيفاء الحق يؤديانه عند القاضي الآخر . ولو لم يشهدهما ولٰكن أنشأ الحكم بحضورهما . . فلهما أن يشهدا عليه وإن لم يشهدهما كما يعلم مما يأتي .

رجل أنه فلان المعني بالكتاب . . لم يلزمه شيء ؛ لبطلان الحكم إلا أن يقر بالحق .

وقيل : يلزمه الحق إذا اعترف أنه المعني بالكتاب .

وصفة الكتاب :

بسم الله الرحمن الرحيم ، حضر ـ عافانا الله وإياك ـ فلان ، وادعىٰ علىٰ فلان الغائب المقيم ببلدك كذا ، وأقام عليه شاهدين وهما فلان وفلان ، وقد عدلا عندي ، وحلَّفتُ المدعي ، وحكمت له بالمال ، فسألني أن أكتب إليك في ذلك ، فأجبته إليه ، وأشهدت عليه فلاناً وفلاناً .

ولا تشترط تسمية الشاهدين على الحكم ، ولا أصل الإشهاد ، ولا النص علىٰ أسامي شهود الحق ، بل يكفي أن يكتب : شهد عندي شهود عدول ، ويجوز أن لا يصفهم بالعدالة ، ويكون الحكم بشهادتهم تعديلاً لهم .

ويجوز ألا يتعرض لأصل شهادة شهود ، فيكتب : حكمت بكذا بحجة أوجبت الحكم(١) ؛ لأنه قد يحكم بشاهد ويمين ، وقد يحكم بعلمه إذا جوزنا القضاء بالعلم ، وهٰذه حيلة يدفع بها القاضي قدح أصحاب الرأي إذا حكم بشاهد ويمين .

وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يكفي الكتاب المجرد ؛ لأن الخط لا يعتمد عليه .

وعن مالك : أن المكتوب إليه إذا وثق بالخط والختم واتصلت بمثله كتبه . . جاز قبوله ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كانت كتبه مقبولة من غير شهادة ، وفي « المهذب » وجه مثله عن الإصطخري .

قال : (ويختمه) ؛ حفظاً للكتاب وإكراماً للمكتوب إليه ، ويدفع إلى الشاهد نسخة غير مختومة ؛ ليطالعها ويتذكر عند الحاجة .

والمقصود من الكتاب التذكر ومن الختم الاحتياط ، فلو ضاع الكتاب أو انمحىٰ أو انكسر الختم وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما . . قبلت شهادتهما ، وقضي بها ، خلافاً لأبي حنيفة .

---

(١) في هامش (ز) : (انظر هٰذا مع الفرع الآتي) .

وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إِنْ أَنْكَرَ ، فَإِنْ قَالَ : لَسْتُ ٱلْمُسَمَّىٰ فِي ٱلْكِتَابِ . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ،

فرع :

شهود الكتاب والحكم يشترط ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه ، وهل تثبت عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم وجهان :

قال القفال الشاشي : نعم ؛ للحاجة .

وأصحهما : المنع ؛ لأنه تعديل قبل أداء الشهادة ، ولأن الكتاب إنما يثبت بقولهم ، فلو ثبت به عدالتهم . . ثبتت بقولهم ، والشاهد لا يزكي نفسه .

قال : (**ويشهدان عليه إن أنكر**) أي : علىٰ حكم القاضي الكاتب عند القاضي المكتوب إليه ، فلا تقبل في الباب شهادة رجل وامرأتين ، خلافاً لأبي حنيفة .

قال الرافعي : وحكى ابن كج وجهاً مثله إذا تعلقت الحكومة بمال ، وذكر أنه لو كان الكتاب برؤية هلال رمضان . . اكتفي بشاهد واحد علىٰ قولنا : إنه يثبت بشهادة واحد ؛ إجراء للكتاب مجرى المكتوب فيه ، وأنه لو كتب في الزنا ـ وجوزنا كتاب القاضي إلى القاضي في العقوبات ـ هل يشترط أربعة ، أو يكفي اثنان؟ فيه القولان في الإقرار به . اهـ

والذي جزم به الماوردي والبندنيجي والقاضي حسين وغيرهم : أنه لا يكفي رجل وامرأتان إذا كان المحكوم به مالاً .

ومقتضى الدليل : الاكتفاء بالشاهد الواحد ؛ ففي « الصحيحين » [خ٦٤] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث بكتابه رجلاً ، وأمره أن يدفعه إلىٰ عظيم البحرين) ، لـٰكن فساد الزمان أوجب الاحتياط خشية التزوير .

كل هـٰذا بالنسبة إلىٰ كتاب القاضي للقاضي ، أما كتاب القاضي للخليفة أوالخليفة للقاضي ، فإن تعلقت بأحكام وحقوق . . لم تثبت إلا بالشهادة ، وأما الكتب إليهم في الأموال والأعمال . . فمقبولة علىٰ ما جرت به العادة في أمثالهم .

قال : (**فإن قال : لست المسمىٰ في الكتاب . . صُدقٍّ بيمينه**) ؛ لأنه أخبر بنفسه ،

وَعَلَى ٱلْمُدَّعِي ٱلْبَيِّنَةُ بِأَنَّ هَـٰذَا ٱلْمَكْتُوبَ ٱسْمُهُ وَنَسَبُهُ ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَقَالَ : لَسْتُ ٱلْمَحْكُومَ عَلَيْهِ . . لَزِمَهُ ٱلْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي ٱلِاسْمِ وَٱلصِّفَاتِ ، وَإِنْ كَانَ . . أُحْضِرَ ؛ فَإِنِ ٱعْتَرَفَ بِٱلْحَقِّ . . طُولِبَ وَتُرِكَ ٱلأَوَّلُ ، وَإِلاَّ . . بَعَثَ إِلَى ٱلْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنَ ٱلشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ ، وَيَكْتُبُهَا ثَانِياً . وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدِ ٱلْغَائِبِ بِبَلَدِ ٱلْحَاكِمِ فَشَافَهَهُ بِحُكْمِهِ . . فَفِي إِمْضَائِهِ إِذَا عَادَ إِلَىٰ وِلاَيَتِهِ خِلاَفُ ٱلْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ ، وَلَوْ نَادَاهُ فِي طَرَفَيْ وِلاَيَتِهِمَا . . أَمْضَاهُ ، . . . .

والأصل فراغ ذمته (**وعلى المدعي البينة بأن هـٰذا المكتوب اسمه ونسبه**) ، لأن الأصل عدم تسميته بهـٰذا الاسم .

هـٰذا إذا لم يكن معروفاً به ، فإن كان معروفاً به . . حكم عليه ، ولا يفيده إنكاره .

قال : (**فإن أقامها**) أي : بأنه اسمه ونسبه (**فقال : لست المحكوم عليه . . لزمه الحكم إن لم يكن هناك مشارك له في الاسم والصفات**) ؛ لأن الظاهر أنه المحكوم عليه .

قال : (**وإن كان . . أحضر ؛ فإن اعترف بالحق . . طولب وترك الأول**) ؛ لتعلق الخصومة بالمعترف .

قال : (**وإلا**) أي : وإن أنكر (. . **بعث**) يعني : الحاكم (**إلى الكاتب ليطلب من الشهود زيادة صفة تميزه ، ويكتبها ثانياً**) فإن لم يتميز بذلك . . وقف الأمر حتىٰ ينكشف .

ولو أقام المحضر بينة علىٰ موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات ، فإن مات بعد الحكم . . فقد وقع الإشكال ، وإن مات قبله فإن لم يعاصره المحكوم له . . فلا إشكال ، وإن عاصره . . حصل الإشكال على الأصح .

قال : (**ولو حضر قاضي بلد الغائب ببلد الحاكم فشافهه بحكمه . . ففي إمضائه إذا عاد إلىٰ ولايته خلاف القضاء بعلمه**) ، فإن قلنا : نعم . . فنعم ، وإن قلنا : لا . . فالأصح : المنع ، كما لا يجوز الحكم بشهادة سمعها في غير محل ولايته .

قال : (**ولو ناداه في طرفي ولايتهما . . أمضاه**) إذا كانا جميعاً في محل الولاية ؛ لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب ، وأولىٰ بأن يعتمد عليه .

وَلَوِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ . . كَتَبَ : سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَلَىٰ فُلاَنٍ ، وَيُسَمِّيهَا إِنْ لَمْ يُعَدِّلْهَا ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : جَوَازُ تَرْكِ ٱلتَّسْمِيَةِ . وَٱلْكِتَابُ بِٱلْحُكْمِ يَمْضِي مَعَ قُرْبِ ٱلْمَسَافَةِ ، وَبِسَمَاعِ ٱلْبَيِّنَةِ لاَ يُقْبَلُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ إِلاَّ فِي مَسَافَةِ قَبُولِ شَهَادَةٍ عَلَىٰ شَهَادَةٍ . . . .

وكذا لو كان في البلد قاضيان وجوزناه ، فأخبر أحدهما الآخر بحكمه . . فإنه يمضيه ، وكذا لو أخبر به نائبه في البلد وعكسه .

قال : (**ولو اقتصر علىٰ سماع بينة . . كتب : سمعت بينة علىٰ فلان ، ويسميها إن لم يعدلها**) ، ولا حاجة هنا إلىٰ تحليف المدعي .

هـٰذا إذا كانت شاهدين ، فإن كانت شاهداً ويميناً أو اليمين المردودة . . وجب بيانها ؛ فقد لا يكون مقتضىٰ ذلك حجة عند المكتوب إليه .

قال : (**وإلا**) أي : وإن عدلها الكاتب وهو أولىٰ ؛ لأن أهل بلدهما أعرف بهما .

قال : (. . **فالأصح : جواز ترك التسمية**) ، كما أنه إذا حكم . . استغنىٰ عن تسمية الشهود .

والثاني : لا ، وهو قول الإمام والغزالي .

قال الرافعي : والقياس الأول ، وهو المفهوم من إيراد البغوي .

وهل يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكاتب ، أو له البحث وإعادة التعديل؟ لفظ الغزالي يقتضي الثاني ، قال الرافعي : والقياس الأول ، وصوبه المصنف .

قال : (**والكتاب بالحكم يمضي مع قرب المسافة ، و بسماع البينة لا يقبل على الصحيح إلا في مسافة قبول شهادة علىٰ شهادة**) وهي التي تسمىٰ مسافة العدوىٰ ، لا القصر على الصحيح كما سيأتي .

والفرق بينهما : أن الحكم هناك قديم ، وليس بعده إلا الاستيفاء ، وسماع البينة بخلافه ؛ فإنه إذا لم تبعد المسافة . . لم يعسر إحضار الشهود عند القاضي الآخر ، بل لو تجاور البلدان . . جاز .

فَصْلٌ :

ٱدَّعَىٰ عَيْناً غَائِبَةً عَنِ ٱلْبَلَدِ يُؤْمَنُ ٱشْتِبَاهُهَا كَعَقَارٍ وَعَبْدٍ وَفَرَسٍ مَعْرُوفَاتٍ . . سَمِعَ بَيِّنَتَهُ وَحَكَمَ بِهَا ، وَكَتَبَ إِلَىٰ قَاضِي بَلَدِ ٱلْمَالِ لِيُسَلِّمَهُ لِلْمُدَّعِي ، وَيَعْتَمِدُ فِي ٱلْعَقَارِ حُدُودَهُ ، . . . .

تتمة :

عدل القاضي الكاتب شهود الحق ، فجاء الخصم ببينة علىٰ جرحهم . . سمعت ، وتقدم على التعديل .

وإن استمهل لبينة الجرح . . أمهل ثلاثة أيام ، وكذا لو قال : أبرأتني أو قضيت الحق واستمهل ؛ ليقيم البينة عليه ، فلو قال : أمهلوني حتىٰ أذهب إلىٰ بلدهم وأجرحهم ، فإني لا أتمكن من جرحهم إلا هناك ، أو قال : لي بينة هناك دافعة . . لم يمهل ، بل يؤخذ الحق منه ، فإن أثبت جرحاً أو دفعاً . . استرد ، وسواء في ذلك كتاب الحكم وكتاب نقل الشهادة .

قال : (**فصل :**

ادعىٰ عيناً غائبة عن البلد يؤمن اشتباهها كعقار وعبد وفرس معروفات . . سمع بينته وحكم بها ، وكتب إلىٰ قاضي بلد المال ليسلمه للمدعي) ، كما تسمع البينة ويحكم على الغائب ، ولم يذكروا في هـٰذا خلافاً .

وقوله : (**معروفات**) غلب فيه غير العاقل على العاقل ، وهو خلاف المعروف ، وفي « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » عبر بـ(معروفين) ، وهو الصواب تغليباً للعاقل وهو العبد .

قال : (**ويعتمد في العقار حدوده**) ؛ ليتميز ، و المراد : الحدود الأربعة ، فلا يجوز الاقتصار علىٰ ثلاثة منها ، كما جزم به في « الروضة » هنا ، وقد تقدم هـٰذا في (الأصول والثمار) وغيرها ، ويأتي في « باب الدعاوىٰ » أيضاً ، وتعتمد فيه البقعة أيضاً والسكة ، ولا يجب التعرض للقيمة في الأصح ؛ لحصول التمييز بدونه .

هـٰذا في الدار المجهولة عند الحاكم ، فإن كانت معروفة عنده . . فيميزها بذكر الاسم .

أَوْ لَا يُؤْمَنُ . . فَالْأَظْهَرُ : سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ ، وَيُبَالِغُ الْمُدَّعِي فِي الْوَصْفِ وَيَذْكُرُ الْقِيمَةَ ، . . . .

وسكت المصنف عن غير العقار ، وفي كتب العراقيين : أن العبد والثوب والفرس إن تميز بصفة . . فهو كالعقار .

قال : (**أو لا يؤمن**) أي : اشتباهها (. . **فالأظهر : سماع البينة**) أي : علىٰ عينها وهي غائبة ؛ لأن الصفة تميزها عن غيرها ، والحاجة داعية إلىٰ إقامة الحجة عليها كالعقار .

والثاني : المنع ؛ لكثرة الاشتباه ، كما لو شهدوا على غائب مجهول النسب مع ذكر حلاه ، والرافعي لم يرجح شيئاً في « الكبير » ، وأغرب في « الشرح الصغير » فحكى الخلاف وجهين .

قال : (**ويبالغ المدعي في الوصف**) ؛ ليحصل التمييز ، فيذكر الشيات والشامات ، وجنس المدعىٰ به ونوعه ، وفيما يضبطها به بعد ذلك أقوال :

أحدها : يجب ذكر الصفات المعتبرة في السلم .

وثانيها : يجب ذكر القيمة ، ويستغنىٰ به عن ذكر الصفات .

وثالثها ـ وهو الأصح ـ : إن كانت من ذوات الأمثال . . وجب ذكر الصفات ، واستحب ذكر القيمة ، وإن كانت من ذوات القيم . . وجب ذكر القيمة واستحب ذكر الصفات ، وكلام الرافعي والمصنف في (الدعوىٰ والبينات) يخالف كلامهما هنا[1] .

قال : (**ويذكر القيمة**) ؛ لأنه لا يصير معلوماً إلا بها .

ومقتضىٰ كلام المصنف : أن هـٰذا شرط مع المبالغة في الوصف ، وهو ما أورده الماوردي .

---

(١) في هامش (ز) : (قوله : « يخالف كلامهما هنا . . . إلخ » والجواب : أن كلامهما هنا علىٰ عين حاضرة في البلد غائبة عن المجلس ، وكلامهما في « الدعاوىٰ والبينات » علىٰ عين غائبة عن البلد لم يمكن إحضارها ، وفي الغائبة يذكر صفات السلم ، وفي الحاضرة في البلد الغائبة عن المجلس يذكر في المثلي الصفات والمتقوم الثمن ، ويسن في المثلي ذكر الثمن وفي المتقوم ذكر المثل) .

وَأَنَّهُ لاَ يَحْكُمُ بِهَا ، بَلْ يَكْتُبُ إِلَىٰ قَاضِي بَلَدِ ٱلْمَالِ بِمَا شَهِدَتْ بِهِ ، فَيَأْخُذُهُ وَيَبْعَثُهُ إِلَى ٱلْكَاتِبِ لِيَشْهَدُوا عَلَىٰ عَيْنِهِ ، وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُسَلِّمُهُ إِلَى ٱلْمُدَّعِي بِكَفِيلٍ بِبَدَنِهِ ؛

كل هـٰذا فيما يمكن ضبطه بالصفات ، والذي لا يمكن كالجواهر والياقوت يذكر لونه إن اختلف وقيمته ، وقال القاضي أبو الطيب والبندنيجي والإمام : يكفي ذكر القيمة .

قال : (**وأنه لا يحكم بها**) أي : ببينة الصفة ؛ لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة بعيد .

والثاني : يحكم بها كالعقار ؛ فإذا حكم . . كتب إلىٰ قاضي بلد المال بذلك ، فإذا وصل إليه . . أحضر الخصم المدعىٰ عليه وأمره بإحضار المدعىٰ به ، فإذا أحضره واعترف أنه موصوف بالصفات المذكورة . . نظر ، فإن أبدىٰ دافعاً بأن ادعىٰ أن هناك عبداً آخر مثلاً في يده أو يد غيره متصفاً بها أيضاً . . انقطعت الطلبة عنه في الحال ؛ لبطلان القضاء بالإبهام ، وإن لم يظهر ذلك . . قال الماوردي : سلم إلىٰ طالبه ، وقال ابن القاص : لا يسلم له حتىٰ يحلف أن هـٰذا العبد هو المشهود له به عند القاضي الكاتب .

قال : (**بل يكتب إلىٰ قاضي بلد المال بما شهدت به ، فيأخذه ويبعثه إلى الكاتب ليشهدوا علىٰ عينه**) هـٰذا تفريع على الصحيح ، ومحله إذا لم يبد الخصم دافعاً كما تقرر .

قال : (**والأظهر : أنه يسلمه إلى المدعي بكفيل ببدنه**) ؛ احتياطاً للمدعىٰ عليه ، حتىٰ إذا لم يعينه الشهود . . طولب برده .

وقيل : لا يكفله ببدنه ، بل يكفله بقيمة المال .

والثاني : أن القاضي يبعثه للمدعي ، ثم يقبض منه الثمن ويضعه عند عدل ، أو يكفله بالثمن ، فإن سلم له . . استرد المال ، وبان بطلان البيع ، وإلا . . فهو صحيح ، وسلم الثمن للمدعىٰ عليه ، وهو بيع يتولاه القاضي للمصلحة كما يبيع الضوال .

وتعبيره بـ(الأظهر) يقتضي قوة الخلاف ، وعبر في « الروضة » بقوله : بأظهرهما وأشهرهما ، فجمع بين القوة والضعف في المقابل .

فَإِنْ شَهِدُوا عَلَىٰ عَيْنِهِ . . كَتَبَ بِبَرَاءَةِ ٱلْكَفِيلِ ، وَإِلاَّ . . فَعَلَى ٱلْمُدَّعِي مُؤْنَةُ ٱلرَّدِّ ، أَوْ غَائِبَةً عَنِ ٱلْمَجْلِسِ لاَ ٱلْبَلَدِ . . أُمِرَ بِإِحْضَارِ مَا يُمْكِنُ إِحْضَارُهُ لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ .

فظاهر عبارة المصنف : أن أخذ الكفيل واجب ، وهو ما عزاه الرافعي للأرغياني ، ولم يحك خلافه ، لٰكن حكى الإمام فيه خلافاً ، ورجح عدم الوجوب .

نعم ؛ يستثنىٰ من إطلاقه ما لو كانت الدعوىٰ بجارية . . فالمرجح أنها تسلم إلىٰ أمين في الرفقة لا إلى المدعي ، واستحسنه الرافعي ، وقال في « الروضة » : إنه الصحيح أو الصواب ؛ لأن حفظ البضع واجب .

قال : (**فإن شهدوا علىٰ عينه . . كتب ببراءة الكفيل**) أي : بعد تتميم الحكم وتسليم العين إلى المدعي ؛ لأن الحق قد اتصل بمستحقه ، وبان بطلان البيع وتم الحكم ، وإلا . . فالبيع صحيح ، ويسلم الثمن إلى المدعىٰ عليه ، وهٰذا بيع يتولاه القاضي لمصلحة كما يبيع الضوال .

وحكى الفوراني بدله أنه يسلم إليه المال ، ويأخذ القيمة فيدفعها إلى المدعىٰ عليه للحيلولة بينه وبين ما يدعيه ملكاً ، ثم هٰذه القيمة مستردة ، سواء ثبت أن المال للمدعي أو لم يثبت .

قال : (**وإلا . . فعلى المدعي مؤنة الرد**) أي : إذا لم يشهدوا بعينه . . لزم المدعي الرد ومؤنته ، ويختم العين المدعاة عند تسليمها إليه بختم لازم ، حتىٰ لو كان المدعي عبداً . . جعل في عنقه قلادة ويختم عليها .

قال : (**أو غائبة عن المجلس لا البلد . . أمر بإحضار ما يمكن إحضاره ليشهدوا بعينه**) ، لتيسر ذلك ، والفرق بينه وبين الغائب بعد الشقة وكثرة المشقة .

أما ما لا يمكن كالعقار . . فيحده المدعي ، وتشهد البينة بتلك الحدود .

فإن قالوا : نعرفه بعينه ولا نعرف الحدود . . بعث القاضي من يسمع البينة علىٰ عينه ، أو يحضر هو بنفسه ، ولو كان العقار مشهوراً بالبلد . . لم يحتج إلىٰ تحديده كما تقدم .

وإن كان مما يعسر إحضاره كشيء ثقيل أو مثبت في أرض أو جدار وضر قلعه . . فحكمه حكم العقار ، فلو عبر بتيسر الإحضار . . كان أشمل ، فإن كان القاضي

وَلاَ تُسْمَعُ شَهَادَةٌ بِصِفَةٍ . وَإِذَا وَجَبَ إِحْضَارٌ فَقَالَ : لَيْسَ بِيَدِي عَيْنٌ بِهَـٰذِهِ ٱلصِّفَةِ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَلِلْمُدَّعِي دَعْوَى ٱلْقِيمَةِ ، فَإِنْ نَكَلَ فَحَلَفَ ٱلْمُدَّعِي أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً . . كُلِّفَ ٱلإِحْضَارَ وَيُحْبَسُ عَلَيْهِ ، . . . .

يعرفه . . قال الغزالي : حكم به دون إحضار ، وهو صحيح إن كان معروفاً عند الناس أيضاً ، فإن اختص هو بمعرفته وعلم صدق المدعي . . فكذلك تفريعاً على القضاء بالعلم .

قال : (**ولاتسمع شهادة بصفة**) أي : بصفة عين غائبة عن مجلس الحكم دون البلد ، بل إن كان الخصم حاضراً . . أمر بإحضارها ليقيم البينة علىٰ عينها ، ولا تسمع البينة علىٰ صفتها ؛ لأنه إنما جاز السماع حالة غيبته للحاجة ، وهي منتفية هنا .

قال الرافعي : ويشبه أن يجيء فيه وجه كما هو في المشبه به ، وقطع الإمام بعدم السماع في هـٰذه الصورة .

وما جزم به من عدم السماع بالصفة ذكره في « الروضة » ثم قال بعده : ولو شهدوا أنه غصب عبداً صفته كذا فمات العبد . . استحق ـ بناء على الشهادة ـ قيمته علىٰ تلك الصفة . اهـ

وهـٰذا عزاه الرافعي لصاحب « العدة » ، وتبعه « الحاوي الصغير » ، وهو مخالف لكلامهما الأول .

قال : (**وإذا وجب إحضار فقال : ليس بيدي عين بهـٰذه الصفة . . صدق بيمينه**) ؛ لأن الأصل عدم عين بتلك الصفة ، وتكون يمينه علىٰ حسب جوابه .

قال : (**وللمدعي**) أي : بعد أن يحلف المدعىٰ عليه (**دعوى القيمة**) ؛ لاحتمال أنها هلكت ، قاله البغوي وغيره .

ومقتضىٰ إطلاقه : أنه لا فرق في دعوى القيمة بين أن تكون العين متقومة أو مثلية ، ويشبه تخصيصه بالمتقوم ، فإن كانت مثلية . . ادعى المثل ؛ لأنه يضمن به .

قال : (**فإن نكل فحلف المدعي أو أقام بينة . . كلف الإحضار**) ؛ ليشهد الشهود علىٰ عينه كما سبق (**ويحبس عليه**) ؛ لأنه امتنع من حق واجب عليه إذا لم يبين عذره فيه .

وَلاَ يُطْلَقُ إِلاَّ بِإِحْضَارٍ أَوْ دَعْوَىٰ تَلَفٍ . وَلَوْ شَكَّ ٱلْمُدَّعِي هَلْ تَلِفَتِ ٱلْعَيْنُ فَيَدَّعِي قِيمَةً أَمْ لاَ فَيَدَّعِيهَا ، فَقَالَ : غَصَبَ مِنِّي كَذَا ، فَإِنْ بَقِيَ لَزِمَهُ رَدُّهُ ، وَإِلاَّ فَقِيمَتُهُ؟ . . سُمِعَتْ دَعْوَاهُ ، وَقِيلَ : لاَ ، بَلْ يَدَّعِيهَا وَيُحَلِّفُهُ ثُمَّ يَدَّعِي ٱلْقِيمَةَ ، وَيَجْرِيَانِ فِيمَنْ دَفَعَ ثَوْباً لِدَلاَّلٍ لِيَبِيعَهُ فَجَحَدَهُ وَشَكَّ هَلْ بَاعَهُ فَيَطْلُبُ ٱلثَّمَنَ ، أَوْ أَتْلَفَهُ فَقِيمَتَهُ ، أَمْ هُوَ بَاقٍ فَيَطْلُبُهُ؟ وَحَيْثُ أَوْجَبْنَا ٱلإِحْضَارَ فَثَبَتَتْ لِلْمُدَّعِي . . ٱسْتَقَرَّتْ مُؤْنَتُهُ عَلَى ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ ، . . . .

قال : (**ولا يطلق إلا بإحضار أو دعوىٰ تلف**) فحينئذ تؤخذ منه القيمة ، وتقبل دعوى التلف مع مناقضته لقوله الأول ؛ للضرورة ، لأنه قد يكون صادقاً ، ولأنا لو لم نقبل قوله . . لخلد عليه الحبس، وقيل : لا يطلق إلا بإحضار أو إقامة بينة على التلف .

قال : (**ولو شك المدعي هل تلفت العين فيدعي قيمة أم لا فيدعيها ، فقال : غصب مني كذا ، فإن بقي لزمه رده ، وإلا فقيمته؟ . . سمعت دعواه**) علىٰ هـٰذا التردد ؛ للحاجة ، وعليه عمل القضاة ، وعلىٰ هـٰذا : يحلف المدعىٰ عليه أنه لا يلزمه رد العين ولا قيمتها .

وقوله :(فإن بقي . . لزمه رده وإلا . . فقيمته) ظاهر إذا كان المدعىٰ متقوماً ، فإن كان مثلياً . . ينبغي أن يقول : وإلا . . فمثله ، وهو ما نقله العبادي في تعليقه عن القاضي حسين .

قال : (**وقيل : لا ، بل يدعيها ويحلفه**) أي : على العين (**ثم يدعي القيمة**) أي : بعد حلفه ينشىء الدعوىٰ بالقيمة ؛ لأن الدعوى المترددة غير جائزة .

قال : (**ويجريان فيمن دفع ثوبه لدلال ليبيعه فجحده وشك هل باعه فيطلب الثمن ، أو أتلفه فقيمته ، أم هو باق فيطلبه؟**) فعلى الأول : يدعي أن عليه الثوب أو ثمنه أو قيمته ، ويحلفه يميناً واحدة أنه لا يلزمه تسليمه ولا ثمنه ولا قيمته ، وعلى الثاني : يدعي العين في دعوىٰ والقيمة في دعوىٰ والثمن في أخرىٰ .

قال : (**وحيث أوجبنا الإحضار**) أي : إحضار العين على المدعىٰ عليه (**فثبتت للمدعي . . استقرت مؤنته على المدعىٰ عليه**) ؛ لأنه المحوج إلىٰ ذلك .

وَإِلاَّ . . فَهِيَ وَمُؤْنَةُ ٱلرَّدِّ عَلَىٰ ٱلْمُدَّعِي .

فَصْلٌ :

ٱلْغَائِبُ ٱلَّذِي تُسْمَعُ ٱلْبَيِّنَةُ وَيَحْكُمُ عَلَيْهِ : مَنْ بِمَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ ، . . . .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم تثبت له (. . **فهي**) أي : مؤنة الإحضار (**ومؤنة الرد على المدعي**) ؛ لأنه المحوج إليه .

وفي « أمالي السرخسي » : أن القاضي ينفق على النقل من بيت المال ، فإن لم يكن في بيت المال شيء . . اقترض ، فإن بان المال للمدعي . . لزم المدعىٰ عليه رد القرض ؛ لظهور تعديه ، وإلا . . كلفه المدعي ؛ لظهور تعنته .

ووقع في « الشرح » و« الروضة » النقل عنه مقلوباً ، ولم يذكره في « المهمات » .

قال في « المطلب » : ولو تلف في الطريق بانهدام دار ونحوه . . لم يضمنها بلا خلاف .

تتمة :

قال في « الوجيز » : لا تلزمه منفعة العبد التي تعطلت ، كما لا تلزمه منفعة المحكوم عليه ، ويحتمل هـٰذا للحاجة ، قال الرافعي : وليحمل ما ذكره علىٰ إحضار المدعىٰ عليه العبد الغائب عن مجلس الحكم دون البلد خاصة ، والفرق بين الحالتين زيادة الضرر .

قال : (**فصل** :

الغائب الذي تسمع البينة ويحكم عليه : مَن بمسافة بعيدة) ؛ لأن القريب يسهل إحضاره ، وألحق القاضي حسين بالغائب ما إذا حضر المجلس فهرب قبل أن يسمع الحاكم البينة ، أو بعده وقبل الحكم . . فإنه يحكم عليه قطعاً كما تقدم .

وهـٰذا معنىٰ قول غيره : يحكم على المتمرد والمتواري في البلد كما سيأتي .

وألحق في « الأسرار » وغيره به الأخرسَ الذي لا يفهم ؛ لأنه في معنى الصبي والمجنون .

وَهِيَ ٱلَّتِي لاَ يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ إِلَىٰ مَوْضِعِهِ لَيْلاً ، وَقِيلَ : مَسَافَةُ قَصْرٍ ، وَمَنْ بِقَرِيبَةٍ كَحَاضِرٍ . . فَلاَ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ وَيَحْكُمُ بِغَيْرِ حُضُورِهِ إِلاَّ لِتَوَارِيهِ أَوْ تَعَزُّزِهِ ، . .

قال : (**وهي التي لا يرجع منها مبكر إلىٰ موضعه ليلاً**) ؛ لما في إيجاب الحضور عليه منها من المشقة الحاصلة بمفارقة الأهل والوطن في الليل .

هـٰذا كله إذا كان الخصم الخارج عن البلد في محل ولاية القاضي ، فإن كان خارجها . . فيجوز أن يسمع الدعوىٰ عليه ، ويحكم ويكاتب ، قاله الماوردي وغيره .

قال : (**وقيل : مسافة قصر**) ؛ لأن الشارع اعتبرها في مواضع ، والقريبة ما دونها .

قال : (**ومن بقريبة كحاضر . . فلا تسمع بينته ويحكم بغير حضوره**) ؛ لأن القضاء مبني على الفصل بأقرب الطرق ، ولو حضر ربما أقر فأغنىٰ عن سماع البينة والنظر فيها .

قال الرافعي وغيره : ويجري الخلاف فيما إذا كان بالبلد وتأتىٰ إحضاره ، والأشبه تخصيصه بما إذا كان جميع البلد في محل ولاية القاضي ، فإن كان موضع الخصم في غير محل ولايته . . فكما لو كان خارج البلد .

وإذا قلنا : تسمع البينة على الحاضر . . لم يحكم عليه بها في الأصح إلىٰ أن يأتي فيبدي مطعناً إن أمكنه ، بخلاف الغائب عن البلد ؛ فإن انتظاره يطول .

قال : (**إلا لتواريه أو تعززه**) فحينئذ يجوز سماع الدعوىٰ والبينة والحكم عليه ؛ لتعذر الوصول إليه كالغائب ، وإلا . . لاتخذ الناس ذلك ذريعة إلىٰ إبطال الحق .

وقيل : لا يجوز ولا يلتحق الامتناع بالعجز ، وفي حلف المدعي كما يحلف في القضاء على الغائب وجهان : قطع بعضهم[1] بالمنع لتفريط الخصم .

---

(١) في هامش (ت) : (**فائدة :** قطع صاحب « العدة » بالمنع لتفريط الخصم ، ونقله في « الكفاية » عن « الحاوي » ، ونقله الشيخ جمال الدين عن « البحر » وعلله بأن الخصم قادر على الخصومة ، فلتكن الفتوىٰ عليه) .

وَٱلأَظْهَرُ : جَوَازُ ٱلْقَضَاءِ عَلَى ٱلْغَائِبِ فِي قِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ، وَمَنْعُهُ فِي حُدُودِ ٱللهِ تَعَالَىٰ . وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةً عَلَىٰ غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ ٱلْحُكْمِ . لَمْ يَسْتَعِدْهَا ، .

قال : (**والأظهر : جواز القضاء على الغائب في قصاص وحد قذف ، ومنعه في حدود الله تعالىٰ**) كحد الزنا والشرب وقطع الطريق إذا اعترف بها عند القاضي الكاتب ، أو قامت عليه البينة بها ثم هرب .

والفرق : أن المقصود بالكتاب الاستيثاق ، وحق الله تعالىٰ مبني على المسامحة والدرء ، بخلاف حق الآدمي .

والثاني : الجواز مطلقاً كالأموال .

والثالث : المنع مطلقاً ؛ لخطر الدماء .

وما اجتمع فيه حق الله وحق الآدمي كالسرقة . . يقضىٰ فيها على الغائب بالمال دون القطع ، وحقوق الله تعالى المالية كحقوق الآدميين على المذهب ، فلهـٰذا عبر المصنف بالحدود دون الحقوق .

فرع :

لا تسمع الدعوىٰ والبينة على الغائب بإسقاط حق له ، كما لو قال : له علي ألف قضيته إياها ، أو أبرأني منه ولي بينة به ، ولا آمن إن خرجت إليه أن يطالبني ويجحد القبض أو الإبراء ، فاسمع بينتي واكتب بذلك إلىٰ قاضي بلده . . لم يجبه ؛ لأن الدعوىٰ بذلك والبينة لا تسمع إلا بعد المطالبة بالحق .

قال ابن الصلاح : وطريقه في ذلك أن يدعي إنسان أن رب الدين أحاله به ، فيعترف المدعىٰ عليه بالدين لربه وبالحوالة ، ويدعي أنه أبرأه منه أو أقبضه ، فتسمع الدعوىٰ بذلك والبينة وإن كان رب الدين حاضراً بالبلد .

قال : (**ولو سمع بينة علىٰ غائب فقدم قبل الحكم . . لم يستعدها**) ، بخلاف شهود الأصل إذا حضروا بعدما شهد شهود الفرع قبل الحكم . . لا يقضي بشهادتهم ؛ لأنهم بدل ، ولا حكم للبدل مع وجود الأصل .

وأفهم قوله : (قبل الحكم) عدم الاستعادة بعده من باب أولىٰ ، بل هو علىٰ حجته

بَلْ يُخْبِرُهُ وَيُمَكِّنُهُ مِنَ ٱلْجَرْحِ ، وَلَوْ عُزِلَ بَعْدَ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وُلِّيَ . . وَجَبَتِ ٱلِاسْتِعَادَةُ . وَإِذَا ٱسْتُعْدِيَ عَلَىٰ حَاضِرٍ بِٱلْبَلَدِ . . أَحْضَرَهُ . . . .

في إقامة البينة بالأداء و الإبراء و جرح الشهود .

قال : (**بل يخبره و يمكنه من الجرح**) ، وكذلك كل ما أشبهه مما يمنع شهادتهم عليه من عداوة ، وتقدم علىٰ بينة التعديل .

قال الرافعي : ويشترط أن يؤرخ الجارح فسقه يوم الشهادة ؛ لأنه إذا أطلق . . أمكن حدوثه بعد الحكم . اهـ

ولا معنىٰ لاشتراطه يوم الشهادة ، بل لو جرحه قبلها ولم يمض زمن الاستبراء . . فكذلك ، فإن مضت . . لم يؤثر الجرح كما صرح به الماوردي .

فرع :

حكم عليه بناء علىٰ أنه بمسافة بعيدة ، فبان أنه كان قد قدم البلد ، أو صار علىٰ مسافة قريبة ، فهل نقول : الحكم صحيح بناء علىٰ ظاهر الحال؟ أو فاسد بناء علىٰ ما في نفس الأمر؟

تقدم في(النكاح) عن القفال : أنه لو زوج امرأة بحكم غيبة وليها ، ثم بان ـ كما ذكرنا ـ أن النكاح لا يصح . . فنظيره هنا أن لايصح الحكم ، وهو متجه ، لـٰكن الفرق بين البابين ظاهر .

قال : (**ولو عزل بعد سماع بينة ثم ولي . . وجبت الاستعادة**) بلا خلاف ؛ لأن السماع الأول بطل بالعزل ، فلو خرج عن محل ولايته ثم عاد . . فله الحكم بالسماع الأول على الصحيح ، وقيل : لا ؛ لعروض ما يمنع من الحكم ، وهـٰذه المسألة لا تعلق لها بهـٰذا الباب بخصوصه ، وإنما ذكرها استطراداً ، وكذا التي بعدها ؛ لأن الباب معقود للغائب .

قال : (**وإذا استعدي علىٰ حاضر بالبلد**) أي : متأهل لسماع الدعوىٰ ، والجواب عنها (. . **أحضره**) أي : وجوباً ؛ إقامة لشعار الأحكام ، ورعاية لمراتب الحكام .

وقال مالك : إن كان من أهل المروءات . . لم يحضره إلا أن تعرف بينهما معاملة ؛ صيانة له عن الابتذال .

وعن ابن سريج : أنه يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلس الحكم ، والمذهب : أنه لا فرق ، لكن استثنى الشيخ من ذلك في (باب الفلس) حاضراً وقعت الإجارة علىٰ عينه وكان يتعطل بحضوره مجلس الحكم حق المستأجر .

ومقتضىٰ إيجاب الإحضار وجوب الحضور ، وهو كذلك ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَاۚ ﴾ .

قال الإمام : وذلك لأجل إجابة القاضي ، فلو لم يطلبه القاضي وطلبه الخصم . . لم يجب الحضور ، بل الواجب الأداء إن كان عليه ، لكن المذكور في « الحاوي » و« المهذب » و« البيان » وجوب الحضور مطلقاً ؛ لظاهر الآية .

ويوم الجمعة كغيره ، إلا إذا صعد الخطيب المنبر . . فلا يحضر أحد إلى الفراغ من الصلاة كما قاله الرافعي في آخر (باب الدعاوىٰ) .

واليهودي يحضر يوم السبت ، ويكسر عليه سبته .

والاستعداء : من أعدىٰ عليه الحاكم يعدي إذا ترك العدوان ، وهو الظلم ، كقولهم أشكاه ؛ أي : أزال شكواه .

قال : (**بدفع ختم طين رطب**) ؛ ليعرضه على الخصم ، وليكن مكتوباً عليه أجب القاضي فلاناً ، وقد هجر هـٰذا في هـٰذه الأعصار ، فالأولىٰ ما اعتيد من الكتابة في كاغد .

قال : (**أو غيره**) ؛ لما روى البزار [٧٦٨] وأبو يعلىٰ [٢٩٤] وأحمد [١/١٥١] عن علي بن أبي طالب : أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو إليه الوليد فقال لها : « ارجعي فقولي له إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجارني » ثم جاءت فقالت : يا رسول الله ؛ ما أقلع عني ، قالت : فقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم هدبة من ثوبه وقال : « اذهبي بهـٰذه وقولي له : إن رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال : هـٰذه هدبة من ثوبه ، وقولي له : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجارني ، قال : فلم تلبث إلا يسيراً حتىٰ رجعت فقالت : ما زادني إلا ضرباً ، فرفع صلى الله عليه وسلم يديه وقال : « اللهم ؛ عليك بالوليد بن عقبة أثم بي مرتين » .

قال البزار : وفي هـٰذا الحديث من الفقه إباحة العدوىٰ على الخصم إذا لم يحضر مع خصمه ؛ لأن الهدبة من الثوب إعداء عليه ليحضر مثل الخاتم ، وهـٰذه السنة باقية إلى اليوم بالحجاز .

قال : (**أو بمرتب لذلك**) من الأعوان علىٰ أبواب الحكام ؛ صيانة للحقوق ، وتكون مؤنة المحضر حينئذ على الطالب إن لم يكن رزق من بيت المال ، وإذا بعث بالختم فلم يجب . . بعث العون إليه .

ويلزم المطلوب الحضور ، إلا أن يعلم أن القاضي المطلوب إليه يقضي عليه بالجور برشوة أو غيرها . . فيسعه باطناً أن يمتنع من الحضور ، وأما في الظاهر . . فلا يسوغ .

قال : (**فإن امتنع بلا عذر**) كما إذا امتنع لسوء أدب (. . **أحضره بأعوان السلطان**) ؛ توصلاً إلىٰ إقامة الأحكام علىٰ أربابها ، وتكون المؤنة في هـٰذه الحالة على المطلوب على الصحيح ؛ لامتناعه ، وقيل : على الداعي .

فإن كان عذر كمرض أو حبس أو خوف من ظالم . . بعث إليه من يحكم بينهما ، أو يأمره بالتوكيل ، فإن وجب تحليفه . . بعث إليه من يحلفه ، فإن اختفىٰ . . نودي علىٰ بابه إن لم يحضر إلىٰ ثلاث . . سُمِّر بابه أو ختم ، فإن لم يحضر فيها . . سُمِّر أو ختم بطلب المدعي إذا ثبت عنده أنها داره ، فإن عرف موضعه . . بعث نسوة وصبياناً وخصياناً يهجمون عليه .

وإذا امتنع بعد وقوفه علىٰ أمارة الطلب . . أشهد عليه الخصم شاهدين أنه امتنع ، فإذا ثبت عند القاضي امتناعه . . بعث إلىٰ صاحب الشرطة ليحضره ، ولا يبالغ القاضي في طلب تزكية الشاهدين بالامتناع ، وينبغي الاكتفاء بإخبار عدل واحد .

وَعَزَّرَهُ ، أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ مَحَلِّ وِلاَيَتِهِ . . فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ ، أَوْ فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ . . لَمْ يُحْضِرْهُ ، بَلْ يَسْمَعُ بَيِّنَةً وَيَكْتُبُ إِلَيْهِ ، أَوْ لاَ نَائِبَ . . فَالأَصَحُّ : يُحْضِرُهُ مِنْ مَسَافَةِ ٱلْعَدْوَىٰ فَقَطْ ، وَهِيَ ٱلَّتِي يَرْجِعُ مِنْهَا ٱلْمُبَكِّرُ لَيْلاً ، . . . .

قال القفال : ولا يجوز أن يبعث إليه عون السلطان في أول وهلة حتىٰ يشهد عدلان أنه أبى المجيء .

قال : (**وعزره**) ؛ لامتناعه من طاعة أولي الأمر ، وليس التعزير بحتم ، بل إن شاء . . عفا عنه ، وإن شاء . . عزره بالكلام أو غيره .

قال : (**أو غائب في غير محل ولايته . . فليس له إحضاره**) ؛ لعدم ولايته عليه .

قال : (**أو فيها وله هناك نائب . . لم يحضره ، بل يسمع بينة ويكتب إليه**) ؛ لأن في إحضاره مشقة مع إمكان الحكم في ذلك الموضع الذي هو فيه ، وقيل : يحضره بطلب الخصم ، وقيل : يتخير .

قال : (**أو لا نائب . . فالأصح : يحضره من مسافة العدوىٰ فقط ، وهي التي يرجع منها المبكر ليلاً**) أي : إلىٰ موضعه ، فإن كان أكثر من ذلك . . لم يحضره .

والثاني : يحضره من دون مسافة القصر لا منها .

والثالث ـ وبه قطع العراقيون ـ : يحضره وإن بعدت المسافة ؛ لأن عمر استحضر من نيف وعشرين يوماً ، واستحضر قوماً من قنسرين إلى المدينة .

وقيل : يحضره من دون ثلاثة أيام ، حكاه القاضي شريح ، والذي رجحه المصنف تبع فيه « المحرر » ، ومقتضىٰ كلام « الروضة » و« الشرح » موافقة العراقيين ؛ لأن عمر استدعى المغيرة بن شعبة في القصة المشهورة من البصرة إلى المدينة ، وإذا كان هـٰذا في حق الله تعالىٰ . . ففي حق الآدمي أولىٰ .

وإذا استعدي على امرأة خارجة عن البلد . . فالأصح : أنه يبعث إليها محرماً أو نسوة ثقات كما في الحج .

تنبيه :

أطلق المصنف الإحضار ، وشرطه بعد تحرير الدعوىٰ وصحة سماعها ، وبهـٰذا

صرح العراقيون ومنهم الماوردي والجرجاني وغيرهما ، وجزم به في « البيان » و« الإستقصاء » .

وعبارة « التنبيه » : لم يحضره حتىٰ يحقق المدعي دعواه ، فإن حقق الدعوىٰ . . أحضره ، وأقره المصنف عليه في « التصحيح » ، وجزم به صاحب « الإشراف » و« الكافي » وغيرهما من المراوزة .

وقال الإمام والغزالي وصاحب « العدة » : لا يحضره حتىٰ يقيم البينة ، وأشار الرافعي إلىٰ تفردهم بذلك ، وقال في « المطلب » : إنه تعطيل للحقوق ؛ إذ ليس لكل خصم بينة .

وقال العراقيون : لا يتعين الإحضار ، بل إن أراد أن يرسل إليه من يحكم بينهما . . فعل ، واستأنسوا له بإرسال النبي صلى الله عليه وسلم أنيساً للمرأة المقذوفة .

هـٰذا إذا لم يكن هناك من يتوسط بينهما ، فإن كان وهو صالح للقضاء . . فهو بمنزلة خليفة القاضي ، فيكتب إليه ، وإلا . . فيحضره .

فائدة :

قيل للمدة التي تقطع في اليوم عدوىٰ ؛ لأن القاضي يعدي فيها إذا استعدي على الغائب ، والإعداء : الإعانة ، وتطلق العدوىٰ علىٰ مجاوزة المرض من صاحبه إلىٰ غيره ؛ فإنهم كانوا يعتقدون أن المرض بنفسه يتعدىٰ ، فأعلمهم النبي صلى الله عليه وسلم أنه ليس الأمر كذلك ، بل الله هو الذي يمرض وينزل الداء[1] .

قال علي لطلحة يوم الجمل : (عرفتني بالحجاز وأنكرتني بالعراق ، فما عدىٰ فيما بدىٰ) ؛ لأنه بايعه بالمدينة وجاء يقاتله بالبصرة ؛ أي : ما الذي صرفك ومنعك وحملك على التخلف بعد ما ظهر منك من الطاعة والمبايعة .

قال : (**وأن المخدرة لا تحضر**) ؛ دفعاً للمشقة عنها ، وسبيل القاضي معها كسبيله مع المريض ونحوه ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية جهراً ، وقال

---

(١) البخاري (٥٧١٧) ، ومسلم (٢٢٢٠) .

في الأخرىٰ : « اغد يا أنيس إلى امرأة هـٰذا ، فإن اعترفت . . فارجمها » قالوا : وكانت الغامدية برزة والأخرىٰ بالضد ؛ لأن الغامدية حضرت بنفسها ، وإرسال أنيس إنما كان لإعلامها بالقذف .

والثاني : تحضر كغيرها ، وبه أفتى القفال ، وقال : لا معنىً للتخدر عندي ، وليس له أصل في الشرع .

فعلى الصحيح : إذا وجب عليها اليمين أرسل إليها من يحلفها ، وإذا اقتضى الحال تغليظ اليمين بالمكان . . فالأصح : أنها تكلف الحضور إليه كما تقدم في (اللعان) .

و(المخدرة) : الملازمة للخدر وهو الستر ، ويقال لها : الخفرة من الخفر وهو شدة الحياء .

وقوله : (لا تحضر) بضم أوله وفتح ثالثه ، مضارع أحضر .

قال : (**وهي من لا يكثر خروجها لحاجات**) كشراء الخبز والقطن وبيع الغزل ، فإن كانت لا تخرج نادراً لزيارة أو حمام . . فمخدرة .

وقال الإمام : المخدرة : من لا تخرج أصلاً .

وقال ابن أبي الدم : الأمر في ذلك إلى العرف .

وقال ابن الرفعة : هي من لا تخرج لحوائجها ، وإن خرجت . . استخففت .

وأفهمت عبارة المصنف أن كونها في عدة أو اعتكاف لا يكون مانعاً من حضور مجلس الحكم ، وبه صرح الصيمري في « الإيضاح » ، لـٰكن المريضة في حكم المخدرة .

تتمة :

لو كانت برزة ثم لازمت الخدر . . قال القاضي حسين في « الفتاوىٰ » : حكمها حكم الفاسق يتوب ، فلا بد من مضي سنة وفي قول نصفها .

ولو اختلفا في كونها مخدرة . . قال الماوردي والروياني : إن كانت من قوم الغالب

. . . .

علىٰ نسائهم التخدر . . صدقت فيه بيمينها ، وإلا . . صدق هو بيمينه .

وقال القاضي : عليها البينة ، وتمهل لإقامتها .

* * *

خاتمة

تصرف القاضي في مال الغائب مقيماً كان أو غيره يكون بالحفظ والتعهد ، فإذا أشرف على الهلاك . . أتىٰ بما يقتضيه الحال بشرط الغبطة اللائقة ، فإن كان حيواناً وخيف عليه الهلاك . . باعه ، وإن حصلت الحصانة بالإجارة . . اقتصر عليها ، وله إيجار ملك الغائب وإقراض ماله ، فإن كان للغائب دين . . لم يكن للحاكم استقضاؤه ، إلا أن يكون موروثاً وأوصى المورث باستقضائه . . فإن الحاكم ينصب له أميناً يتقاضاه ويحفظه حتىٰ يحضر صاحبه .

وقد ذكر الرافعي المسألة في أبواب بينها في « المهمات » ، وأما ما لم يتعين له مالك وحصل اليأس من معرفته . . فيبيعه ويصرف ثمنه في المصالح ، وله أن يحفظه .

* * *

بَابُ ٱلْقِسْمَةِ

قَدْ يَقْسِمُ ٱلشُّرَكَاءُ أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ ٱلإِمَامِ ، . . . .

باب القسمة

هي تمييز بعض الأنصباء من بعض .

والقسام : الذي يقسم الأشياء بين الناس ، قال لبيد [من الكامل] :

فارضىٰ بما قسم المليك فإنما قسم المعيشة بيننا قسَّامُها

ولم يبوب لها في « المحرر » أيضاً .

وهي بكسر القاف : الاسم من قسم يقسم .

وهي عند العراقيين نوعان : قسمة رد ، وقسمة لا رد فيها ، وعند المراوزة ثلاثة أنواع : قسمة رد ، وقسمة إفراز ، وقسمة تعديل .

ووجه ذكرها في خلال القضاء : أن القاضي لا يستغني عن القسام للحاجة إلىٰ قسمة المشتركات ، بل القاسم كالحاكم فحسن الكلام في القسمة مع الأقضية .

والأصل في جوازها قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ ﴾ الآية ، وقوله : ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ﴾ .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة فيما لم يقسم »[1] .

وقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون الغنائم ، وكان له قسام .

ولا خلاف بين المسلمين في جوازها ووجوبها ، فالحاجة داعية إليها ؛ لأنه قد يتبرم الشركاء أو بعضهم بالمشاركة ، ويريدون الاستبداد بالتصرف ، ولهـٰذا نقل في « التهذيب » و« الكافي » عن الأصحاب أنه لا يجوز للإمام أن يخلي نواحي الإسلام من قسام تحصل بهم الكفاية .

قال : (**قد يقسم الشركاء أو منصوبهم أو منصوب الإمام**) ؛ لحصول الغرض بكل

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢١٣) ، ومسلم (١٦٠٨/ ١٣٤) .

وَشَرْطُ مَنْصُوبِهِ : ذَكَرٌ ، حُرٌّ ، عَدْلٌ ، يَعْلَمُ ٱلْمِسَاحَةَ وَٱلْحِسَابَ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا تَقْوِيمٌ . . وَجَبَ قَاسِمَانِ ، وَإِلاَّ . . فَقَاسِمٌ ، . . . .

ذلك ، وفي قول : لا يجوز أن يحكموا رجلاً في القرعة .

قال : (**وشرط منصوبه : ذكر ، حر ، عدل**) ؛ لأنها ولاية ، ومن لا يتصرف بذلك ليس أهلاً للولايات ، ولأنه يلزم كالحكام ، ولأن القسام أعوان الحكام ، فيلزم الحاكم أن يختار من القاسمين من تكاملت فيه شروط القسمة .

وذكر في « المحرر » مع هٰذه الشروط التكليف ، وحذفه المصنف ؛ لدخوله في وصف العدالة .

قال : (**يعلم المساحة والحساب**) لأنهما آلة القسمة ، والمساحة : ذرع الأرض ، واعتبر الماوردي والبغوي مع ذلك أن يكون نزهاً قليل الطمع ، وهل تشترط معرفة التقويم ؟ فيه وجهان ؛ لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه ، ومقتضىٰ كلام الجمهور : أنه ليس بشرط ، وبه صرح البندنيجي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ فجعلوه مستحباً ، فإن جهلها . . جاز ، ويرجع إلىٰ إخبار عدلين .

وخرج بـ(منصوب الإمام) منصوب الشركاء إذا لم يكن فيهم طفل ولا مجنون ؛ فإنه لا تشترط فيه العدالة ولا الحرية ، لأنه وكيل لهم ، قال الرافعي : كذا أطلقوه .

وينبغي أن يكون في توكيل العبد في القسمة الخلاف في توكيله في البيع والشراء .

فإذا كان فيهم محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه . . فلا بد في قاسمهم من العدالة .

واعتبر شريح الروياني إذن الإمام في ذلك ، ولو حكموا رجلاً فيها . . جاء خلاف التحكيم ، فإن جوزناه . . فهو كمنصوب القاضي .

قال : (**فإن كان فيها تقويم . . وجب قاسمان**) ؛ لأنها شهادة بالقيمة ، وظاهر كلام المصنف أنه لا خلاف فيه ، وبه صرح في « البسيط » .

قال : (**وإلا . . فقاسم**) أي : إذا لم يكن فيها تقويم . . ففي الأصح : يكفي قاسم ؛ لأن قسمته تلزم بنفس قوله فأشبه الحاكم ، وحيث اكتفينا به . . قبل الحاكم قوله وحده ؛ لأنه نائبه ، وحيث اشترطنا اثنين . . قبل قولهما دون أحدهما .

وَفِي قَوْلٍ : ٱثْنَانِ ، وَلِلإِمَامِ جَعْلُ ٱلْقَاسِمِ حَاكِماً فِي ٱلتَّقْوِيمِ فَيَعْمَلُ فِيهِ بِعَدْلَيْنِ ، وَيَقْسِمُ . . . .

ولا يحتاج القاسم إلىٰ لفظ الشهادة على المشهور ؛ لأنها تستند إلىٰ عمل محسوس .

وفي « الصحيح » في قصة الحمار الوحشي العقير لما قال صاحبه : شأنكم به . . أمر النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر أن يقسمه بين الرفاق[1] .

قال : (**وفي قول : اثنان**) كالمقومين والحكمين في جزاء الصيد ، وادعى القاضي أنه المنصوص ، وأن الأول مخرج ومأخذهما أنه حاكم أو شاهد ، والراجح الأول ؛ لأن قسمته تلزم بنفس قوله ، ولأنه يستوفي الحقوق لأهلها .

وفي معنى التقويم : ما إذا كان فيها خرص ، لكن قال المصنف في « تصحيحه » : الأصح : الاكتفاء بواحد ، وهو نظير ما صححاه في (الزكاة) ، ويؤيده ما صح : (أنه صلى الله عليه وسلم بعث عبد الله بن رواحة خارصاً)[2] .

وقال الإمام : القياس أنه لا بد من اثنين ، ولا يتجه بين الخرص والتقويم فرق ؛ فإن كل واحد منهما مبني قوله على التخمين والحدس ، وفرق الإمام بأن الخارص يعمل باجتهاده فكان كالحاكم ، والمقوم يخبر بقيمة الشيء فهو كالشاهد .

قال : (**وللإمام جعل القاسم حاكماً في التقويم فيعمل فيه بعدلين ، ويقسم**) هـٰذا كالمستثنىٰ من اشتراط العدد .

وصورة المسألة : أن يفوض إليه سماع البينة فيه ، وأن يحكم به ، وحينئذ فله اعتماد قوله وحده ، فلو فوض إليه أن يحكم باجتهاده في التقويم . . لم يجز كما قاله الإمام والغزالي وإن قلنا إن القاضي يقضي بعلمه ؛ لأنه لا معنىٰ له .

فلو لم تكن القسمة بإذن الحاكم بل المفوض لها الشركاء . . ففي « الحاوي »

---

(١) الحديث عند ابن حبان (٥١١١) ، والحاكم (٣/ ٦٢٣) ، والنسائي (٥/ ١٨٣) ، وغيرهم .

(٢) أبو داوود (٣٤٠٨) ، والدارقطني (٢/ ١٣٣) ، والبيهقي (٤/ ١٢١) ، وأحمد (٣/ ٣٦٧) .

وَيَجْعَلُ ٱلإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ ٱلْمَالِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . فَأُجْرَتُهُ عَلَى ٱلشُّرَكَاءِ ، فَإِنِ ٱسْتَأْجَرُوهُ وَسَمَّىٰ كُلٌّ قَدْراً . . لَزِمَهُ ، . . . .

و« البحر » أنهم يحملونه في العدد علىٰ ما اتفقوا عليه من واحد أو أكثر ، ولا يقبل الحاكم قول هٰذا القاسم ؛ لأنه ليس نائباً عنه ، ولا تسمع شهادته ؛ لأنه يشهد علىٰ فعل نفسه .

قال : (**ويجعل الإمام رزق منصوبه من بيت المال**) ؛ لأنه من المصالح العامة ، وكان علي رضي الله عنه يرزق قاسمه عبد الله بن نجي من بيت المال ، ولٰكن ما يرزقه قدر كفايته وكفاية عائلته وغلمانه علىٰ ما يليق به من النفقة والكسوة وغيرهما .

وقيل : لا يرزقه من بيت المال ؛ لأنه لا يحتاج إلىٰ تفريغ النفس لهٰذا العمل ، بخلاف القاضي .

قال : (**فإن لم يكن . . فأجرته على الشركاء**) سواء طلب القسمة جميعهم أم بعضهم ؛ لأن العمل لهم ، وقيل : على الطالب وحده .

وخالف القاضي حيث امتنع عليه أن يعتاض على الحكم ؛ لأن القضاء حق الله تعالىٰ ، والقسمة محض حق الآدمي ، وأيضاً فللقاسم عمل يباشره فالأجرة في مقابلته ، والحاكم مقصور على الأمر والنهي ، ولا ينصب حينئذ قاسماً معيناً ، بل يدع الناس يستأجرون من شاؤوا .

قال : (**فإن استأجروه وسمَّىٰ كلٌّ قدراً . . لزمه**) قل أو جل ، تساووا فيه أوتفاضلوا ، ومحل الجزم به إذا استأجروه جميعاً بأن قالوا : استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار علىٰ فلان ودينار علىٰ فلان مثلاً ، أو وكلوا وكيلاً عقد لهم كذلك .

فإن استأجروه في عقود مترتبة فعقد واحد لإفراز نصيبه ثم الثاني كذلك ثم الثالث . . جاز عند القاضي حسين ، وأنكره الإمام وقال : لا سبيل إلى استقلال بعضهم بالاستئجار لإفراز نصيبه ؛ لأن فيه تصرفاً في نصيب غيره بالتردد والتقدير ، قال : فإن انفرد أحدهم برضاهم . . كان أصلاً ووكيلاً ، ولا حاجة حينئذ إلىٰ عقد الباقين .

وَإِلاَّ . . فَٱلأُجْرَةُ مُوَزَّعَةٌ عَلَى ٱلْحِصَصِ ، وَفِي قَوْلٍ : عَلَى ٱلرُّؤُوسِ . ثُمَّ مَا عَظُمَ ٱلضُّرَرُ فِي قِسْمَتِهِ كَجَوْهَرَةٍ وَثَوْبٍ نَفِيسَيْنِ وَزَوْجَيْ خُفٍّ ؛ إِنْ طَلَبَ ٱلشُّرَكَاءُ كُلُّهُمْ قِسْمَتَهُ . . لَمْ يُجِبْهُمُ ٱلْقَاضِي ، . . . .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يسموا له أجرة وأطلقوا التسمية (. . **فالأجرة موزعة على الحصص**)[1] ؛ لأنها من مؤن الملك فكانت كنفقة المشترك .

قال : (**وفي قول : على الرؤوس**) ؛ لأن العمل في النصيب القليل كهو في الكثير ، بل قد يكون في الجزء القليل أغمض ، هـٰذه طريقة المراوزة ، وتابعهم المصنف تبعاً لـ« المحرر » ، وجزم العراقيون بالأول ، وصححها في « الروضة » ، وقال في « الكفاية » : إنها أصح باتفاق الأصحاب ، وهي الصواب .

هـٰذا في غير قسمة التعديل ، أما فيها . . فإنها توزع بحسب الحصص[2] على الأصح ؛ لأن العمل في الكثير أكثر .

ولو استأجروه لكتابة صك . . كانت الأجرة علىٰ قدر الحصص كما قطع به الرافعي في (كتاب الشفعة)

قال : (**ثم ما عظم الضرر في قسمته كجوهرة وثوب نفيسين وزوجي خف ؛ إن طلب الشركاء كلهم قسمته . . لم يجبهم القاضي**) ؛ لأنه سفه ، وهـٰذا يفهم المنع إذا طلبها بعضهم من باب أولىٰ .

ومحل الجزم بعدم الإجابة إذا عظم الضرر ، وهو أن تبطل المنفعة بالكلية ، أما إذا نقصت كسيف يكسر . . فالأصح أنه لا يجيبهم أيضاً .

وقوله : (زوجي خف) يريد به فردتين ، يقال : عندي زوجا خف وزوجا نعل ، وزوجا حمام للذكر والأنثىٰ ، وكذا كل فردين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر ، والزوج اسم للفرد منهما .

---

(١) في هامش (ز) : (أي : كطريقة القطع ؛ فإنها علىٰ قدر الحصص ، وعبارته لا تفي بذلك) .

(٢) في هامش (ز) : (أي : الحصص المأخوذة) .

وَلاَ يَمْنَعُهُمْ إِنْ قَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ مَنْفَعَتُهُ كَسَيْفٍ يُكْسَرُ ، وَمَا يَبْطُلُ نَفْعُهُ ٱلْمَقْصُودُ كَحَمَّامٍ وَطَاحُونَةٍ صَغِيرَيْنِ . . لاَ يُجَابُ طَالِبُ قِسْمَتِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ أَمْكَنَ جَعْلُهُ حَمَّامَيْنِ . . أُجِيبَ ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عُشْرُ دَارٍ لاَ يَصْلُحُ لِلسُّكْنَىٰ وَٱلْبَاقِي لِآخَرَ . . فَٱلأَصَحُّ : إِجْبَارُ صَاحِبِ ٱلْعُشْرِ بِطَلَبِ صَاحِبِهِ . . . .

قال : (**ولا يمنعهم إن قسموا بأنفسهم إن لم تبطل منفعته كسيف يكسر**) ؛ لإضاعة المال .

قال : (**وما يبطل نفعه المقصود كحمام وطاحونة صغيرين . . لا يجاب طالب قسمته**)أي : جبراً (**في الأصح**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » رواه مالك [٢/٧٤٥] وغيره ، وفي رواية : (نهىٰ عن قسمة الضرار)[١] .

وقيل : ما لا ينتفع به بعد القسمة بوجه ما .

وقيل : ما ينقص القيمة نقصاً فاحشاً ، وعلىٰ هـٰذين الوجهين يخرج مقابل الأصح في كلام المصنف ، فيخرج بقوله : (مقصود) الوجه الثاني ، وبقوله : (نفعه) الوجه الثالث الناظر للقيمة ، والأصح النظر للمنفعة ، ونقصان القيمة بتبعها .

ولفظ (الحمام) تقدم أنه مذكر بلا خلاف .

و(الطاحونة) : الرحىٰ ، فغلب المصنف المذكر في قوله : (صغيرين) ، ولم يقل : صغيرتين .

قال : (**فإن أمكن جعله حمامين**) أو طاحونين (. . **أجيب**)أي : الطالب ؛ لانتفاء الضرر .

ولو احتاج إلى إحداث بئر ومستوقد . . أجبر أيضاً على الأصح ؛ لتيسر التدارك ، وهـٰذا يشبه الخلاف في بيع دار لا ممر لها مع إمكان تحصيله ببيع أو إجارة ، لـٰكن الصحيح هناك المنع ؛ لأن شرط المبيع أن يكون منتفعاً به في الحال ولم يكن .

قال : (**ولو كان له عشر دار لا يصلح للسكنىٰ والباقي لآخر . . فالأصح : إجبار صاحب العشر بطلب صاحبه**) ؛ لأن الطالب ينتفع بالقسمة ، وضرر صاحب العشر

---

(١) أخرجه البيهقي (١٠/ ١٣٣) .

دُونَ عَكْسِهِ . وَمَا لَا يَعْظُمُ ضَرَرُهُ فَقِسْمَتُهُ أَنْوَاعٌ : أَحَدُهَا : بِٱلأَجْزَاءِ كَمِثْلِيٍّ ، وَدَارٍ مُتَّفِقَةِ أَبْنِيَةٍ ، وَأَرْضٍ مُشْتَبِهَةِ ٱلأَجْزَاءِ ، فَيُجْبَرُ ٱلْمُمْتَنِعُ ، . . . .

لا ينشأ من مجردها ، بل سببه قلة نصيبه .

والثاني : المنع ؛ للضرر الذي يلحقه .

قال : (**دون عكسه**) ؛ لأنه متعنت مضيع لماله .

والثاني : يجبر ؛ ليتميز ملكه .

فرع :

لأربعة أرض ، لواحد نصفها ولكل من الباقين السدس ، ولا ضرر في قسمتها نصفين ، وفي قسمتها أسداساً ضرر بصاحب السدس ، فطلب صاحب النصف القسمة . . فالثلاثة إن شاؤوا أخذوا النصف مشاعاً ، أو يأخذ كل واحد السدس ، فإن شاؤوا أخْذَ النصف ثم أراد بعضهم إفراز نصيبه . . لم يجب إليه ، ولو طلب الثلاثة القسمة ليأخذوا النصف . . أجبر صاحب النصف ، قاله الإمام والروياني .

قال : (**وما لا يعظم ضرره فقسمته أنواع : أحدها : بالأجزاء كمثلي**)وقد فسره في (كتاب الغصب) ، ويشترط في الحبوب كونها سليمة ، والنقد كونه خالصاً ؛ فإن الحبوب المعيبة معدودة من المتقومات ، وكذلك النقد المغشوش ، ويظهر أثر ذلك فيما إذا جعلنا القسمة بيعاً .

وفي حكم المثلي : الثوب الغليظ الذي لا تنقص قيمته بقطعه ، وكذا كل متساوي الأجزاء حتى اللبن المشترك في قالب واحد الأشكال ، وأما المتفاوت القوالب . . ففيه الخلاف الآتي في قسمة التعديل .

قال : (**ودار متفقة أبنية ، وأرض مشتبهة الأجزاء ، فيجبر الممتنع**) ، سواء كانت الأنصباء متساوية أو متفاوتة ؛ لينتفع الطالب بماله على الكمال ، ويتخلص من سوء المشاركة مع أنه لا ضرر فيها على الشريك كما لو اختلط له درهم بعشر .

والمذهب : أنه لا فرق بين أن يكون الشركاء اثنين أو أكثر فلو كانوا ستة مستوين فامتنع خمسة . . أفرد للطالب السدس ، والباقي مشترك بين الباقين .

فَتُعَدَّلُ ٱلسِّهَامُ كَيْلاً أَوْ وَزْناً أَوْ ذَرْعاً بِعَدَدِ ٱلْأَنْصِبَاءِ إِنِ ٱسْتَوَتْ ، وَيَكْتُبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ ٱسْمَ شَرِيكٍ أَوْ جُزْءٍ مُمَيَّزٍ بِحَدٍّ أَوْ جِهَةٍ ، وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ مُسْتَوِيَةٍ ، ثُمَّ يُخْرِجُ مَنْ لَمْ يَحْضُرْهَا رُقْعَةً عَلَى ٱلْجُزْءِ ٱلْأَوَّلِ إِنْ كَتَبَ ٱلْأَسْمَاءَ ، فَيُعْطِي مَنْ خَرَجَ ٱسْمُهُ ، أَوْ عَلَى ٱسْمِ زَيْدٍ إِنْ كَتَبَ ٱلْأَجْزَاءَ ، . . . .

ولو طلبها اثنان . . قسمت أثلاثاً ، لطالبي القسمة الثلث مشتركاً بينهما ، والباقي مشترك بين الباقين .

ولو طلبها ثلاثة . . قسمت نصفين ، وهٰذه تسمىٰ : قسمة المتشابهات .

قال : (**فتعدل السهام كيلاً**) أي : في المكيل (**أو وزناً**) أي : في الموزونات (**أو ذرعاً**) أي : في المذروعات كالأرض المتساوية الأجزاء .

قال : (**بعدد الأنصباء إن استوت**) كما إذا كانت بين أربعة أرباعاً . . فتجعل بين أربعة أجزاء متساوية .

قال : (**ويكتب في كل رقعة اسم شريك أو جزء مميز بحد أو جهة ، وتدرج في بنادق مستوية ، ثم يخرج من لم يحضرها**) ، كذا هو في النسخ بضمير مفرد ، وعبارة « الروضة » و« الشرح » : من لم يحضر الكتابة والإدراج ، فكان ينبغي أن يقول : من لم يحضرهما ، أو لم يحضر كما عبر به في « المحرر » ، والصبي والأعجمي أولىٰ .

وقوله : (اسم شريك أو جزء) أي : إن شاء . . كتب أسماء الشركاء ؛ لتخرج على السهام ، وإن شاء . . كتب **السهام** ؛ لتخرج علىٰ أسماء الشركاء .

وقوله : (مستوية) أي : وزناً وشكلاً من طين مجفف أو شمع ، وكما تقسم بالرقاع المذكورة . . تقسم بالحصىٰ والعصي والبعر ونحوها .

قال : (**رقعة على الجزء الأول إن كتب الأسماء ، فيعطي من خرج اسمه**) ثم يؤمر بإخراج أخرىٰ على الجزء الذي يليه ، فمن خرج اسمه من الآخرين . . أخذه ، وتعين الباقي للثالث .

قال : (**أو على اسم زيد إن كتب الأجزاء**) إذا كتب في الرقاع أسماء الأجزاء . . أخرجت رقعة باسم زيد ، ثم أخرىٰ باسم عمرو ، ويتعين الثالث للثالث ، وتعيين من

فَإِنِ ٱخْتَلَفَتِ ٱلْأَنْصِبَاءُ كَنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ . . جُزِّئَتِ ٱلْأَرْضُ عَلَىٰ أَقَلِّ ٱلسِّهَامِ وَقُسِّمَتْ كَمَا سَبَقَ ، وَيَحْتَرِزُ عَنْ تَفْرِيقِ حِصَّةِ وَاحِدٍ . . . .

يبدأ به من الشركاء والأجزاء منوط بنظر القاسم ، فيقف أولاً علىٰ أي طرف شاء ، ويسمي أي شريك شاء .

ثم إخراج الرقاع على الوجه المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات ، بل يأتي في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة .

قال : (**فإن اختلفت الأنصباء كنصف وثلث وسدس . . جزئت الأرض علىٰ أقل السهام**) وهي ستة في مثالنا .

قال : (**وقسمت كما سبق**) هـٰذا صريح في أنه يكتب اسم الشريك أو الجزء كما سبق ، وهو خلاف ما صحح في « الروضة » ؛ فإنه حكىٰ في المسألة طريقين :

أحدهما : قولان : في قول : يثبت أسماء الشركاء والعبيد في العتق .

وفي قول : يثبت الأجزاء هنا ، والرق والحرية هناك .

والطريق الثاني ـ وهو المذهب ، وبه قطع الجمهور ـ : الفرق ، ففي العتق يسلك ما شاء من الطريقين ، وهنا لا يثبت الأجزاء على الرقاع ؛ لأنه لو أثبتها وأخرج الرقاع على الأسماء . . ربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس ، فيفرق ملك من له النصف أو الثلث . اهـ

فصحح أنه لا يكتب في هـٰذه الحالة الأجزاء على الرقاع ، والجواب : أنه لا منافاة بين العبارتين ؛ لأن الأصح : أن الخلاف في الأولوية ، فيجوز سلوك كل من الطريقين .

قال : (**ويحترز عن تفريق حصة واحد**) فيكتب أسماء الشركاء في ست رقاع ، لصاحب السدس رقعة ، ولصاحب الثلث رقعتان ، ولصاحب النصف ثلاثة ، وتخرج على السهام ، فإن خرج اسم صاحب السدس . . أعطي السهم الأول ، ثم يقرع بين الآخرين ، فإن خرج اسم صاحب الثلث . . أعطي السهم الثاني والثالث بلا قرعة ، والباقي لصاحب النصف .

وإن خرج اسم صاحب النصف أولاً . . أعطي ثلاثة أسهم الأول وتاليه ، ثم يقرع

ٱلثَّانِي : بِٱلتَّعْدِيلِ كَأَرْضٍ تَخْتَلِفُ قِيمَةُ أَجْزَائِهَا بِحَسَبِ قُوَّةِ إِنْبَاتٍ وَقُرْبِ مَاءٍ ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلَوِ ٱسْتَوَتْ قِيمَةُ دَارَيْنِ أَوْ حَانُوتَيْنِ . . . .

بين الآخرين كما تقدم ، ولا تخرج السهام على الأجزاء في هـٰذا القسم .

وقيل : يقتصر علىٰ ثلاث رقاع .

وفي « الروضة » و« أصلها » : قيل : يكتب أسماءهم في ثلاث ، وقيل : في ست .

قال : وليس فيه إلا أن اسم صاحب الأكثر أسرع خروجاً ، وذلك لا حيف فيه ؛ لتساوي السهام ، فالوجه تجويز كل من الطريقين .

قال : (**الثاني : بالتعديل كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماء**) ، وكذلك اختلاف الجنس كبستان بعضه نخل وبعضه عنب ، ودار بعضها حجر وبعضها لبن ، فإذا ساوىٰ ثلثها لجودته ثلثيها مثلاً . . جعل الثلث سهماً والثلثان سهماً إن كانت بينهما نصفين ، فإن اختلفت كنصف وثلث وسدس . . جعلت ستة أسهم بالقيمة لا بالمساحة .

قال : (**ويجبر عليها في الأظهر**) ؛ لأنه لا تمكن قسمتها بلا ضرر إلا كذلك .

والثاني : لا إجبار ؛ لاختلاف الأغراض والمنافع ، وهـٰذا صححه القاضي حسين والبغوي ، فعلى الأول أجرة القسام توزع بحسب المأخوذ قلة وكثرة ، لا بحسب الشركة على الأصح كما تقدم ؛ لأن العمل في الكثير أكثر .

قال : (**ولو استوت قيمة دارين**) أشار بهـٰذا إلىٰ ثاني قسمي قسمة التعديل ، فإنها تقسم إلىٰ ما يعد شيئاً واحداً وهو ما سبق ، وإلىٰ ما يعد شيئين فصاعداً وهو هـٰذا ، ثم هو ينقسم إلىٰ عقار وغيره .

قال : (**أو حانوتين**) أي : كبيرين ، أما إذا اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة لا تحتمل آحادها القسمة وتسمى العضائد ، فطلب أحدهما أن يقسم أعياناً . . فقيل : لا يجبر الممتنع ، والأصح : يجبر للحاجة ، قال مجلي : ومحلهما إذا لم تنقص بالقسمة ، وإلا . . لم يجبر جزماً .

وَطَلَبَ جَعْلَ كُلٍّ لِوَاحِدٍ . . فَلاَ إِجْبَارَ ، أَوْ عَبِيدٍ أَوْ ثِيَابٍ مِنْ نَوْعٍ . . أُجْبِرَ ، . . .

قال : (**وطلب جعل كل لواحد . . فلا إجبار**) سواء تجاور الداران والحانوتان أو تباعدا ؛ لشدة اختلاف الأغراض بذلك ، وقال مالك : يجبر عند التجاور ، وقال أبو حنيفة : يجبر إن كان إحدى الدارين حجرة الأخرىٰ .

ولو كان بينهما قرية ذات مساكن ، فطلب أحدهما أن يقسم جميع القرية ، وطلب الآخر أن يقسم كل مسكن منها . . قسمت القرية بينهما نصفين ، لكل منهما نصفها بما اشتمل عليه من مساكنه ؛ لأن القرية حاوية لمساكنها كالدار الجامعة لبيوتها .

ولو كان بينهما دار لها علو وسفل ، فطلب أحدهما قسمتها علواً وسفلاً . . أجبر الآخر عند الإمكان ، وإن طلب جعل العلو لواحد والسفل لآخر . . لم يجبر عليه ؛ لأن العلو تابع والسفل متبوع ، ولأن العلو مع السفل كدارين متلاصقين ؛ لأن كلاً منهما يصلح اتخاذه مسكناً .

قال : (**أو عبيد أو ثياب من نوع . . أجبر**) ؛ لقلة الأغراض فيها وانتفاء الضرر ، بخلاف الدور ، وقيل : هي كالدور .

وقيل : يجبر في العبيد قطعاً ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم جزأ العبيد الستة الذين أعتقهم الرجل في مرضه ثلاثة أجزاء ، وأقرع بينهم[1] ، وأجيب عنه بأنه إنما فعل ذلك لمزية الحرية ، ولا حرية هـٰهنا .

وعن أبي حنيفة : لا إجبار في العبيد ، ولا في الخيل والإبل .

وصورة ما ذكره المصنف : إذا أمكن التسوية عدداً أو قيمة ، كما صورها به في « المحرر » و« الروضة » وغيرهما كعبدين متساويي القيمة لاثنين أو ثلاثة ، فإن لم تمكن التسوية كثلاثة أعبد لاثنين بالسوية وقيمة أحدهم كقيمة الآخرين ، فإن أجبرنا ثَمَّ فهـٰهنا قولان كقول الأرض المختلفة ، وإن لم ترتفع الشركة إلا عن البعض ، كما في طلب أحدهما القسمة في مثالنا ؛ لتخصيص من خرج له الخسيس به ، ويبقىٰ شريكاً

---

(١) مسلم (١٦٦٨) ، وابن حبان (٥٠٧٥) ، وأبو داوود (٣٩٥٤) ، والترمذي (١٣٦٤) ، والنسائي (٤/ ٦٤) ، وابن ماجه (٢٣٤٥) .

أَوْ نَوْعَيْنِ . . فَلاَ . ٱلثَّالِثُ : بِٱلرَّدِّ ؛ بِأَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ ٱلْجَانِبَيْنِ بِئْرٌ أَوْ شَجَرٌ لاَ تُمْكِنُ قِسْمَتُهُ ، فَيَرُدُّ مَنْ يَأْخُذُهُ قِسْطَ قِيمَتِهِ ، وَلاَ إِجْبَارَ فِيهِ ، وَهِيَ بَيْعٌ ، . . .

بربع النفيس . . فالمذهب هنا عدم الإجبار .

قال : (**أو نوعين**) أي : وأكثر (. . **فلا**) كما إذا كان أحدهما هندياً والآخر تركياً ؛ لاختلاف الغرض بذلك ، وإن امتنع ذلك في النوعين . . ففي الجنسين كعبد وثوب وحنطة وشعير أولىٰ ، فينتفي الإجبار ، ويقسم ذلك بالتراضي ، والذي ذكره المصنف هو المذهب .

وطرد السرخسي الخلاف مع اختلاف النوع ، والإمام والغزالي مع اختلاف الجنس أيضاً ، وليس بشيء .

قال : (**الثالث : بالرد ؛ بأن يكون في أحد الجانبين بئر أو شجر لا تمكن قسمته ، فيرد من يأخذه قسط قيمته**) أي : قيمة البئر فتنضبط قيمة ما اختص به ذلك الطرف ، ويردها من يأخذ الطرف المختص به .

مثاله : قيمة كل جانب ألف ، وقيمة البئر أو الشجر ألف ، فاقتسما ليرد أحدهما ما فيه البئر أو الشجر خمس مئة .

وعبارة المصنف هٰهنا صواب ، بخلاف عبارة « المحرر » و« الشرحين » و« الروضة » ؛ ففيها أنه يضبط قيمة ما اختص به ذلك الطرف ، ثم تقسم الأرض علىٰ أن يرد من يأخذ ذلك الجانب تلك القيمة ، وهي عبارة ظاهرة الخطأ .

قال : (**ولا إجبار فيه**) أي : في هٰذا النوع ؛ لأن فيه تمليكاً جديداً فيما ليس مشتركاً بينهما ، فكانا كغير الشريكين ، ومنهم من طرد فيها خلاف قسمة التعديل .

قال : (**وهي بيع**) أي : قسمة الرد ؛ لوجود حقيقته ، وهي مقابلة المال بالمال .

وقيل : بيع في القدر المقابل للمردود فيما سواه ، الخلاف في قسمة التعديل ، وحيث قلنا : بيع . . تثبت فيها أحكامه من الخيارين والشفعة وغيرهما ، إلا أنها لا تفتقر إلىٰ لفظ البيع أو التمليك على الصحيح ، بل يقوم الرضا مقامهما .

وَكَذَا ٱلتَّعْدِيلُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَقِسْمَةُ ٱلأَجْزَاءِ إِفْرَازٌ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

قال : (**وكذا التعديل على المذهب**) ؛ لأنها تقطع النزاع ، وإنما دخلها الإجبار للحاجة كما يبيع الحاكم مال المديون .

والطريق الثاني : طرد القولين في قسمة الأجزاء .

قال : (**وقسمة الأجزاء إفراز في الأظهر**) ؛ لأنها لو كانت بيعاً . . لما دخلها الإجبار ، ولما جاز الاعتماد على القرعة[1] .

ومعنىٰ قولنا : (إفراز) : أن القسمة تبين أن ما خرج لكل واحد منهما هو الذي ملكه .

والثاني : أنها بيع ؛ لأنه ما من جزء من المال إلا و كان مشتركاً بينهما ، فإذا اقتسما . . فكأنه باع كل منهما ما كان له في حصة صاحبه بحصته .

وصحح الرافعي هـٰذا في بابي (الربا) و(الزكاة) ، وتبعه المصنف فيهما ، وصحح في « تصحيح التنبيه » و« شرح المهذب » في (زكاة الثمار) الأول ، وعبارة « المحرر » : وذكر أن الفتوىٰ عليه ، وأشار بذلك إلى قول صاحب « العدة » : إن الفتوىٰ عليه ، ثم قيل : القولان فيما إذا جرت بالإجبار ، وإلا . . فبيع قطعاً ، وصححه البغوي[2] .

وقيل : هما في الحالين ، ثم القول بأنها بيع لا يطلق على الجميع ؛ فإن النصف الذي صار بيده كان نصفه له ونصفه لصاحبه ، فهي إفراز فيما كان منه له ، وبيع فيما كان لصاحبه ، فإذا قلنا : هي بيع . . امتنع في الربوي التفرق قبل التقابض وقسمة المكيل وزناً وعكسه وقسمة الرطب والعنب ، ويجوز جميع ذلك على الإفراز ، وإنما يشترط في الإفراز إمكان القسمة .

---

(١) في هامش (ز) : (تقدم أنه يجوز الاعتماد عليها في غير قسمة الإفراز أيضاً) .
(٢) في هامش (ت) و(ز) و(د) : (النقل عن البغوي غلط ؛ فإن الذي صححه الطريقة الثانية) .

فرع :

الزرع لا تجوز قسمته خرصاً ، وكذلك الثمار غير الرطب والعنب ؛ فالأصح فيهما الجواز .

واختار الشيخ في قسمة الرطب والعنب على الشجر المنع وفاقاً للبغوي والمحاملي ، قال : وإن قلنا بالإفراز ؛ لأن الخرص ظن لا يعلم به نصيب كل واحد على الحقيقة .

وفي (الزكاة) جوز ؛ للحاجة مع كون شركة المساكين ليست بشركة حقيقة بدليل أنه يجوز أداء حقهم من موضع آخر .

فرع :

قسمة الوقف عن الملك ، إن قلنا : إنها بيع . . لا تجوز ، وإن قلنا : إفراز . . جازت ، واختاره الروياني والمصنف في زوائد « الروضة » ، ومستندهما المصلحة ، قال الشيخ : وليس هو الصحيح من مذهب الشافعي ، ولا عليه الفتوىٰ ولا عمل القضاة الشافعية ، وهـٰذا حيث رد أو كان رد من أصحاب الوقف ، فإن كان من المالك . . لم يجز ، وأما قسمة الوقف بين أربابه . . فلا تجوز على القولين ؛ لأن فيها تغير شرط الواقف .

وقيل : يجوز على الإفراز إذا قلنا : الملك في الوقف للموقوف عليه ؛ ليرغبوا في العمارة ولا يتواكلوا ، فإذا انقرض البطن الأول وصار الوقف للبطن الثاني . . انتقضت القسمة .

قال : (**ويشترط في الرد الرضا بعد خروج القرعة**) ؛ لأنها بيع ، والبيع لا يخرج بالقرعة ، فافتقر إلى التراضي بعد خروجها .

وقال الإصطخري : لا يشترط ، ويلزم من خرج له الأكثر بدل ما يقابل الزائد قياساً علىٰ قسمة الإجبار ، فإن القرعة فيها ملزمة ، وضعفه الأصحاب ، وفرقوا بأن هـٰذه القسمة يُعتبر التراضي في ابتدائها ، بخلاف الإجبار .

وَلَوْ تَرَاضَيَا بِقِسْمَةِ مَا لاَ إِجْبَارَ فِيهِ . . ٱشْتُرِطَ ٱلرِّضَا بَعْدَ ٱلْقُرْعَةِ فِي ٱلأَصَحِّ ، كَقَوْلِهِمَا : رَضِينَا بِهَـٰذِهِ ٱلْقِسْمَةِ ، أَوْ بِمَا أَخْرَجَتْهُ ٱلْقُرْعَةُ . وَلَوْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ غَلَطٌ أَوْ حَيْفٌ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ . . نُقِضَتْ ، . . . .

قال : (**ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه . . اشترط الرضا بعد القرعة في الأصح**) كما لو حكما رجلاً فحكم بينهما ، والخلاف هنا كالخلاف هناك .

قال : (**كقولهما : رضينا بهـٰذه القسمة ، أو بما أخرجته القرعة**) ، وكذا رضينا بما جرىٰ ، ولا يشترط لفظ البيع وإن جعلنا القسمة بيعاً .

وقيل : لا بد من لفظ البيع أو التمليك .

وقيل : لا يكفي قولهما : رضينا بما جرىٰ ، أو بهـٰذا ، بل لا بد من لفظ القسمة ؛ ليؤدي معنى التمليك والتملك .

مهمة :

في كلام المصنف نظر من وجوه :

منها : أن الخلاف في « الشرحين » قولان .

ومنها : أنه انعكست عليه المسألة فجعل الخلاف فيما لا إجبار فيه ، وهو قسمة الرد فقط ، والخلاف إنما هو فيما فيه الإجبار ، والظاهر أن المصنف أراد أن يكتب ما فيه إجبار فكتب : ما لا إجبار فيه ، ويجوز أن تكون عبارة المصنف ما الإجبار فيه بالألف واللام ، ثم تصحفت الألف واللام ألفاً .

ومنها : أنه ذكر المسألة بعينها قبل هـٰذا من غير فصل فقال : (ويشترط في الرد الرضا بعد خروج القرعة) .

ومنها : أنه مع تكراره غاير في الجواب ، فجزم به أولاً ، وحكىٰ فيه الخلاف ثانياً وجعله قوياً ، وهو عكس ما في « الروضة » ؛ فإنه عبر فيها بالصحيح ، والمذكور في « الشرح » و« الروضة » هو الصواب ، وهـٰذا نبه عليه الشيخ برهان الدين الفزاري في اعتراضاته على الكتاب .

قال : (**ولو ثبت ببينة غلط أو حيف في قسمة إجبار . . نقضت**) كغيرها من

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ وَٱدَّعَاهُ وَاحِدٌ . . فَلَهُ تَحْلِيفُ شَرِيكِهِ ، . . . .

الخصومات ، فإن المدعي على الحاكم الجور في الحكم إن أقام بينة علىٰ ظلمه . . نقض .

قال الشيخ أبو حامد وغيره : وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين ؛ لينظرا ويمسحا فيعرفا الحال ويشهدا به .

وأفهم إطلاقه (الغلط) أنه لا فرق بين الفاحش وغيره ، أما إذا لم تقم بينة بذلك . . فليس له تحليف القاسم كما لا يحلف القاضي ، ويغني عن البينة ـ كما قال أبو الفرج ـ ما إذا علم أنه يستحق ألف ذراع وبيده سبع مئة مثلاً .

قال : (**فإن لم تكن بينة وادعاه واحد . . فله تحليف شريكه**) ؛ لأن له فيه غرضاً ظاهراً ، فإن نكل وحلف المدعي . . نقضت القسمة كما لو أقر ، وإن حلف . . مضت على الصحة .

فرع :

في « فتاوى القفال » : لو كان بين الصبي ووليه حنطة مشتركة . . لم يصح أن يقاسمه بنفسه ، سواء قلنا القسمة بيع أو إفراز ؛ لأنه لا يجوز أن يبيع من نفسه ولا أن يقبض من نفسه .

حادثة :

سئل ابن الصلاح عن بستان بين اثنين ، أجر أحدهما حصته مشاعاً ، ثم أرادا قسمته ، هل تصح ؟ وإذا صحت . . فكيف حكم المستأجر في انتفاعه ؟ أجاب : تصح القسمة على الصحيح ، ويبقىٰ حق المستأجر على الإشاعة ولا ينحصر في حصة المؤجر . اهـ

والذي قاله صحيح ، وقضيته : أنه لا يمكن أحدهما من إحداث فواصل بين القسمين قبل انقضاء مدة الإجارة ، بل يفصل بعلامة لا ينقص بها انتفاع المستأجر بجزء من الأرض .

وَلَوِ ٱدَّعَاهُ فِي قِسْمَةِ تَرَاضٍ وَقُلْنَا : هِيَ بَيْعٌ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ أَثَرَ لِلْغَلَطِ ، فَلاَ فَائِدَةَ لِهَـٰذِهِ ٱلدَّعْوَىٰ . قُلْتُ : وَإِنْ قُلْنَا : إِفْرَازٌ . . نُقِضَتْ إِنْ ثَبَتَ ، وَإِلاَّ . . فَيَحْلِفُ شَرِيكُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوِ ٱسْتُحِقَّ بَعْضُ ٱلْمَقْسُومِ شَائِعاً . . بَطَلَتْ فِيهِ ، وَفِي ٱلْبَاقِي خِلاَفُ تَفْرِيقِ ٱلصَّفْقَةِ ، . . . .

قال : (**ولو ادعاه**) أي : الغلط وعين قدره (**في قسمة تراض وقلنا : هي بيع . . فالأصح : أنه لا أثر للغلط ، فلا فائدة لهـٰذه الدعوىٰ**)كما لا أثر للغبن في البيع والشراء .

والثاني : أنها تنقض ؛ لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة تعديل .

وقوله : (قسمة تراض) تشمل قسمة الرد وغيرها من الأنواع الثلاثة .

وقوله : (لا أثر للغلط فلا فائدة لهـٰذه الدعوىٰ) يجب أن يكون في غير قسمة الربوي .

قال : (**قلت : وإن قلنا : إفراز . . نقضت إن ثبت**) ؛ لأن الإفراز لا يتحقق مع التفاوت .

وإذا نصبا قاسماً وقلنا : لا يعتبر الرضا . . فهو كالحاكم ؛ لوقوع الجبر .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يثبت (. . **فيحلف شريكه والله أعلم**) هـٰذا كله إذا اعتبرنا الرضا بعد خروج القرعة ، فإن لم نعتبره . . فالحكم كما إذا ادعى الغلط في قسمة الإجبار ، لـٰكن يستثنىٰ من إطلاقه ما إذا كان المقسوم ربوياً وتحقق الغلط في كيل أو وزن . . فإن القسمة باطلة لا محالة ؛ للربا ، فإطلاقه محمول علىٰ غير الربوي .

قال : (**ولو استحق بعض المقسوم شائعاً . . بطلت فيه ، وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة**) فيبطل في قول ويصح في آخر ويثبت الخيار ، وهـٰذا هوالأصح .

وقال أبو إسحاق : تبطل القسمة قولاً واحداً ؛ لأن مقصود القسمة تميز الحقوق ، وبالاستحقاق يصير المستحق شريك كل واحد ، قال في « المهمات » : الأصحاب في هـٰذه المسألة علىٰ ثلاثة أقسام :

منهم : طائفة لم يتعرضوا لها .

وآخرون : صححوا فيها ما صححه المصنف .

والأكثرون : ذهبوا إلى البطلان ، وهو المفتىٰ به في المذهب ؛ لأن ما قاله الرافعي والمصنف في تفريق الصفقة .

قال : (**أو من النصيبين معين سواء بقيت ، وإلا . . بطلت**) المراد : إذا استحق شيء معين فينظر : إن اختص المستحق بنصيب أحدهما أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر . . بطلت القسمة ؛ لأن ما يبقىٰ لكل أحد لا يكون قدر حقه ، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة .

وإن كان المستحقان من نصيبهما سواء . . ثبتت القسمة في الباقي كما جزم به المصنف ، وفيه وجه آخر : أنها تبطل لمعنى التفريق .

والمراد : بطلانها في الظاهر ، وإلا . . فبالاستحقاق يتبين أن لا قسمة .

لـٰكن يستثنىٰ من الإبطال ما قاله الشيخ عز الدين فيما إذا وقع في الغنيمة عين لمسلم أخذها منه الكفار ، ولم يعلم بها إلا بعد القسمة . . فإنها ترد علىٰ صاحبها ، ويعوض عنها من وقعت في نصيبه من خمس الخمس ، ولا تنقض القسمة .

قال : هـٰذا إذا كثر الجند ، فإن كانوا قليلاً كعشرة مثلاً . . فينبغي أن تنقض ؛ إذ لا عسر في إعادتها .

تتمة :

تنازعا بيتاً في دار اقتسماها ، فكل يدعي أنه وقع في سهمه ، ولا بينة . . تحالفا ، ونقضت القسمة كالمتبايعين .

وقال الشيخ أبو حامد : إن اختص أحدهما باليد علىٰ ما فيه النزاع . . صدق بيمينه ، وهـٰذا حكاه الماوردي عن مالك .

وإذا ادعىٰ أحدهما القسمة وأنكرها الباقون ، فإن لم تكن متعلقة بقاسم من جهة الحاكم . . فالقول قول الباقي ، وإن تعلقت بقاسم القاضي . . فالرجوع إليه ؛ لأنه

. . . .

حاكم أو شاهد ، ولو قسم إجباراً وهو علىٰ ولايته . . قبل قوله : قسمت ، كقول الحاكم في حال ولايته : حكمت ، وإلا . . لم يسمع قوله ولا شهادته لأحدهما على الأصح .

* * *

خاتمة

تقدم جماعة في أيديهم دار أو أرض أو منقول إلى القاضي ، وطلبوا القسمة بغير إقامة بينة . . فالأصح عند الإمام والغزالي : أنه يجيبهم ، وعند الشيخ أبي حامد وطبقته : أنه لا يجيبهم ، وهـٰذا صححه المصنف في زوائده .

قال في « المهمات » : محل هـٰذا الخلاف إذا لم يكن لهم منازع ، فإن كان . . لم يجبهم قطعاً ، والمسألة مخرجة علىٰ أن تصرفات الحاكم حكم أم لا ؟ وقد تقدمت في (النكاح) .

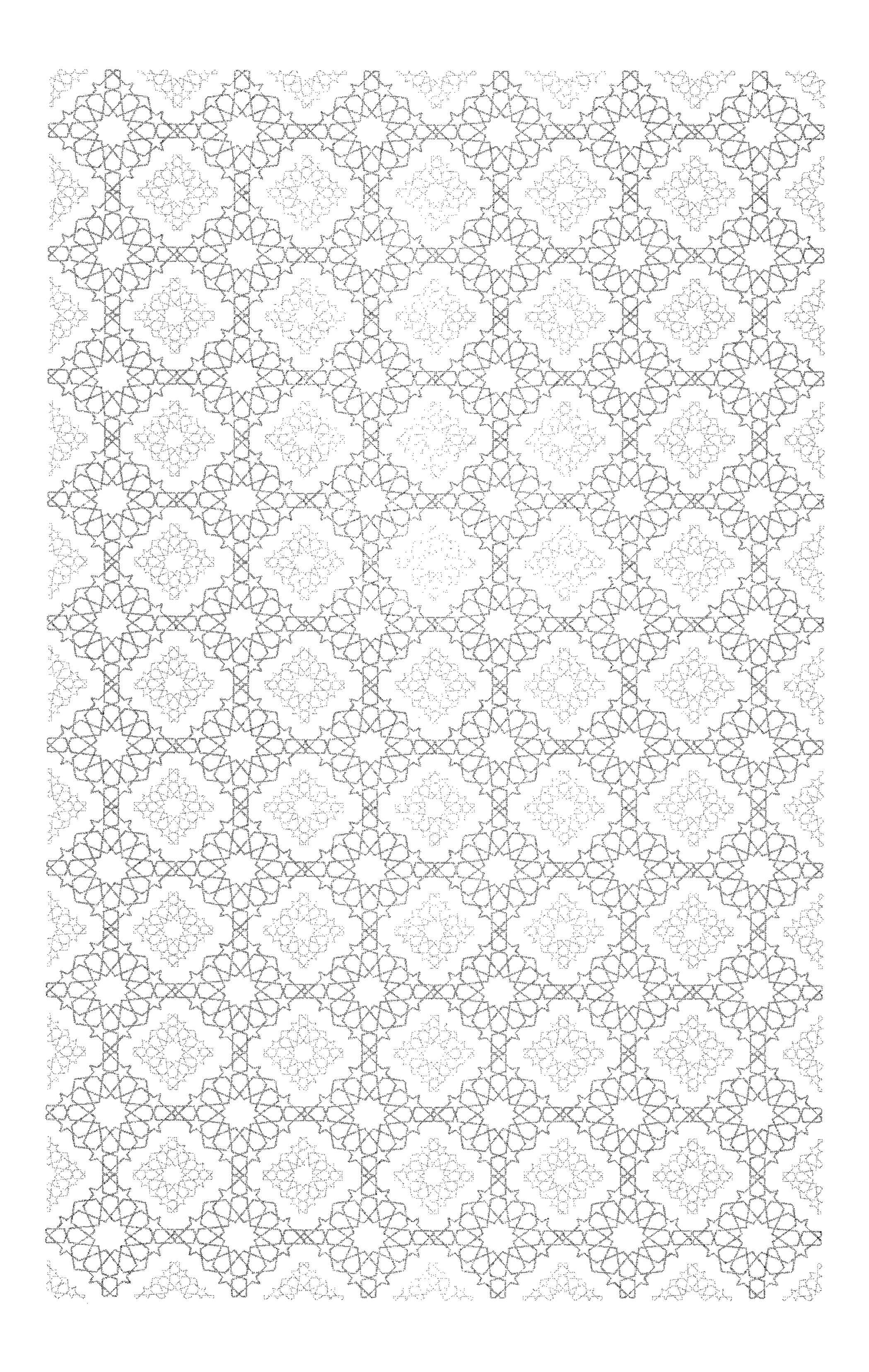
وإذا رهنا شيئاً وانفك نصيب أحدهما فأراد القسمة . . فهـٰذه تقدمت في (الرهن) قبيل (فصل اختلفا في الرهن) .

والمنافع تقسم بالمهايأة مياومة أو مشاهرة أو مساناة ونحو ذلك ؛ لأن المنافع كالأعيان ، وقد رضي المتأخر منهما بالتأخير ، ويخالف المهايأة في لبن البقرة المشتركة ؛ فإنه لا يجوز ، لأنه ربوي مجهول ، وكذلك الشجرة المثمرة لتكون ثمرتها لهـٰذا عاماً ولهـٰذا عاماً ؛ لما فيه من الزيادة والنقصان ، وطريقهما : أن يبيح كل واحد لصاحبه مدة ، ونفقة العين المعتادة علىٰ ذي النوبة ، وكذا المؤن النادرة كالفطرة والفصد في الأصح ، وقيل : عليهما .

* * *



كتاب الشهادات



كِتَابُ ٱلشَّهَادَاتِ

شَرْطُ ٱلشَّاهِدِ : مُسْلِمٌ ، . . . .

كتاب الشهادات

هي جمع شهادة ، وهي : الإخبار بما شوهد وعلم بلفظ خاص مأخوذ من الشهود و هو الحضور .

قال الجوهري : الشهادة خبر قاطع ، والشاهد : حامل الشهادة ومؤديها ؛ لأنه مشاهد لما غاب عن غيره .

وقيل : مأخوذة من الإعلام ، قال الله تعالىٰ : ﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ﴾ أي : أعلم وبين .

والأصل فيها : قوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ ﴾ ، وقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ ، ﴿ وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ وهٰذا أمر إرشاد .

وروى ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الشهادة فقال : « هل ترى الشمس ؟ » قال : نعم ، قال : « علىٰ مثلها فاشهد أو دع » صححه الحاكم [٤/٩٨] ، وضعفه البيهقي [١٠/١٥٦] .

وافتتح الباب في « المحرر » بحديث : « أكرموا الشهود ؛ فإن الله يستخرج بهم الحقوق ، ويدفع بهم الظلم » رواه العقيلي [١/٦٤] عن ابن عباس وضعفه ، ورواه الخطيب البغدادي [٥/٩٤] وابن النجار ، والبانياسي في « جزئه » المشهور ، والنقاش في كتاب « القضاة والشهود » ، وأبو منصور الديلمي في « مسند الفردوس » بإسناد غريب .

وقال الذهبي في « الميزان » [٤/٣٥٥] : إنه حديث منكر .

ولأن الحاجة داعية إليها ، ولا خلاف بين المسلمين فيها .

قال : (**شرط الشاهد : مسلم**) فلا تقبل شهادة الكافر علىٰ مسلم ولا كافر ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ ، والكافر ليس من رجالنا .

. . . .

وفي عبارة المصنف تجوز ، والذي في « المحرر » و« الروضة » وغيرهما الإسلام والحرية والتكليف ، وهو الصواب

وقبل أبو حنيفة شهادة بعض الكفار علىٰ بعض ، وأحمد في الوصية عند فقد المسلم ؛ لقوله تعالىٰ ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ عملاً بتفسير ابن عباس وأبي موسى الأشعري .

وعورضا بقول الحسن والزهري وغيرهما : من غير عشيرتكم ، وأيده الشافعي بقوله تعالىٰ : ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ ، والصلاة للمسلمين .

وقيل : الآية منسوخة بقوله تعالىٰ : ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ، وأنكر ابن حزم دعوى النسخ فيها ؛ لأن المائدة من آخر ما نزل لم ينسخ منها شيء ، ولا خلاف أنها نزلت بسبب تميم الداري وعدي بن بداء .

روى البخاري [٢٧٨٠] والدارقطني [١٦٨/٤] وغيرهما عن ابن عباس قال : كان تميم الداري وعدي يختلفان إلىٰ مكة ، فخرج معهما فتىً من بني سهم ، فتوفي بأرض ليس بها مسلم ، فأوصىٰ إليهما فدفعا تركته إلىٰ أهله ، وحبسا جاماً من فضة مخوصاً بالذهب ، فاستحلفهما النبي صلى الله عليه وسلم : « ما كتمتما ولا اطلعتما ؟ » ثم وجد الجام بمكة فقالوا : اشتريناه من عدي وتميم ، فجاء الرجلان من ورثة السهمي فحلفا أن هـٰذا الجام للسهمي ، ولشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا قال : « فأخذوا الجام » وفيه نزلت هـٰذه الآية ، لفظ الدارقطني .

وروى الترمذي [٣٠٥٩] عن تميم الداري في هـٰذه الآية : أن تميماً وعدي بن بداء كانا نصرانيين يختلفان إلى الشام قبل الإسلام ، فأتيا الشام بتجارتهما وقدم عليهما مولىً لبني سهم يقال له : بديل ابن أبي مريم بتجارة ومعه جام من فضة يريد به الملك ، وهو عظم تجارته ، فمرض فأوصىٰ إليهما وأمرهما أن يبلغا ما ترك أهله .

قال تميم : فلما مات أخذنا ذلك الجام فبعناه بألف درهم ، ثم اقتسمناها أنا وعدي بن بداء ، فلما قدمنا إلىٰ أهله . . دفعنا إليهم ما كان معنا ، وفقدوا الجام ، فسألونا عنه فقلنا : ما ترك غير هـٰذا ، وما دفع إلينا غيره .

قال تميم : فلما أسلمت بعد قدوم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة تأثمت من ذلك ، فأتيت أهله فأخبرتهم الخبر وأديت إليهم خمس مئة درهم ، وأخبرتهم أن عند صاحبي مثلها ، فأتوا به النبي صلى الله عليه وسلم فسألهم البينة فلم يجدوا ، فأمرهم أن يستحلفوه بما يعظم علىٰ أهل دينه فحلف فأنزل الله تعالى الآية ثم قال : حديث غريب ليس إسناده بصحيح .

وقال أبو عمر وغيره : ولا يعرف لعدي إسلام وهو الصواب ، خلافاً لابن منده وأبي نعيم .

واحتج الأصحاب بأن المعروف بالكذب ومرتكب الكبيرة من المسلمين لا تقبل شهادته ، والكافر يكذب على الله ، وشهد الله بكذبه وفسقه ، وهو متلبس بأكبر الكبائر فأولىٰ أن لا تقبل شهادته .

وفي « سنن البيهقي » [١٠/١٦٣] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقبل شهادة أهل دين علىٰ غير أهل دينهم إلا المسلمون ؛ فإنهم عدول علىٰ أنفسهم وعلىٰ غيرهم » .

قال : (حر) فلا تقبل شهادة الرقيق قناً كان أو مكاتباً أو مدبراً أو مبعضاً أو أم ولد ؛ لأنه ناقص الحال قليل المبالاة ، فلا يصلح لهـٰذه الأمانة ، ووافقنا أبو حنيفة علىٰ عدم قبول شهادته ، وقبلها أحمد وإسحاق وابن المنذر ، وقال الطبري : إنه القياس ؛ إذ ليس للحرية أثر في التصديق والتكذيب ، وحكى الشيخ تاج الدين الفزاري في « فتاويه » عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه قال : أنا أعتقده ، وقبل الشعبي والنخعي شهادته في الشيء التافه .

قال : (مكلف) فلا تقبل شهادة الصبي ؛ لأنه لا حكم لقوله ولو كان مراهقاً .

وقبل مالك شهادة الصبيان في الجراحة الحاصلة بينهم في اللعب ما لم يتفرقوا ، وجعله الهروي[1] قولاً للشافعي ، وعن أحمد قولان كمذهبنا ومذهب مالك .

---

(١) في (ز) : (الماوردي) .

لنا : ما روى الحاكم [٢/٢٨٦] عن ابن عباس : أنه سئل عن شهادة الصبيان فقال : قال الله تعالىٰ : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ ، وليسوا ممن نرضىٰ .

ولا تقبل شهادة المجنون ؛ لأنه إذا لم تقبل شهادته علىٰ نفسه . . فعلىٰ غيره أولىٰ .

قال : (**عدل**) وهو الذي اعتدلت أحواله ديناً ومروءة ، فلا تقبل شهادة الفاسق ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾ .

وروىٰ أبو داوود [٣٥٩٦] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا زان ولا زانية » .

وقبله أبو حنيفة إذا غلب على الظن احترازه عن الكذب ، لـٰكن يستثنىٰ منه إذا كان فسقه من جهة الدين كأهل الأهواء . . فإنهم فساق وتقبل شهادتهم وروايتهم على الصحيح الذي استمر عليه عمل السلف والخلف .

وقال الروياني : إذا جلس الشهود عند عقد النكاح على الحرير . . لا ينعقد ؛ لأن التحمل للشهادة كالأداء .

وقال بعض أصحابنا بخراسان : ينعقد ، ولا نحكم بفسقهم بهـٰذا القدر إذا لم يواظبوا عليه ولم يتكرر ، قال : وهـٰذا أصح عندي ؛ لأن الصحيح : أن ذلك معدود من الصغائر كما سيأتي .

وروى البيهقي في « الشعب » [٤٨٨٥] عن أنس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا مدح الفاسق في الأرض . . غضب الرب ، واهتز له عرش الرحمـٰن » .

قال : (**ذو مروءة**) ؛ لأن من لا مروءة له . . لا يستحي ، ومن لا يستحي . . يصنع ما يشاء .

و(المروءة) بالهمز ، ويجوز تركه مع تشديد الواو ، وقيل : الرجولية ، وقيل : الإنسانية ، وقيل : أن لا يعمل عملاً في السر يستحي منه في العلانية ، وحفظها من الحياء ووفور العقل ، وطرحها إما لخبل أو قلة حياء وعدم مبالاة بنفسه .

و(ذو المروءة) : من يصون نفسه من الأدناس ، ولا يشينها عند الناس ، وقيل : من يسير بسيرة أمثاله في زمانه ومكانه .

غَيْرُ مُتَّهَمٍ ، وَشَرْطُ ٱلْعَدَالَةِ : ٱجْتِنَابُ ٱلْكَبَائِرِ وَٱلإِصْرَارِ عَلَىٰ صَغِيرَةٍ ، . . . . . .

ولا يشترط أن يكون الشاهد معصوماً عن المعاصي كلها ؛ فإنه لا معصوم إلا من عصم الله .

قال : (**غير متهم**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَـٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓا۟ ﴾ ، والريبة حاصلة بالمتهم .

وروى الحاكم [٤/٩٩] علىٰ شرط مسلم عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة » فـ(الظنة) : التهمة ، و(الحنة) : العداوة .

وأهمل المصنف شرطاً سابعاً وهو : النطق ، فشهادة الأخرس لا اعتبار بها ، وثامناً وهو : أن لا يكون محجوراً عليه ، ونقله في « الروضة » عن الصيمري ، وجزم به الرافعي في (كتاب الوصية) ثم قال : فإن كان كما قال . . فهو شرط آخر غير ما تقدم .

واعترضه ابن الرفعة[1] بأن السفه في المال مؤذن بخبل في العقل ، فهو داخل فيما تقدم .

وجزم في « الجواهر » بقبول شهادة السفيه إذا كان سفهه بالتبذير وهو متصف بصفات العدالة ، ولعل هـٰذا في غير المحجور عليه وذاك في المحجور عليه .

قال : (**وشرط العدالة : اجتناب الكبائر**) أي : جميعها ، فيفسق بواحدة منها ؛ لأن الله تعالىٰ حكم في قذف المحصنات برد الشهادة ، وفيه تنبيه علىٰ ردها بجميع الكبائر .

قال : (**والإصرار علىٰ صغيرة**) فلا يشترط أن لا يقع منه ، بل المضر الإصرار عليها ؛ لأن الصغائر قل من يسلم منها إلا من عصم الله ، قال تعالىٰ : ﴿ ٱلَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَـٰٓئِرَ ٱلْإِثْمِ وَٱلْفَوَٰحِشَ إِلَّا ٱللَّمَمَ ﴾ وهي الصغائر .

---

(١) في هامش (ز) : (وقال في « التوشيح » : لو أذن بذلك . . لعد حجر جنون ولما ولي النكاح ، لـٰكنه يليه علىٰ وجه جيد ، وقد يقول ابن الرفعة : إيذانه لا يؤدي إلىٰ ثبوته من كل وجه ، ولئن قال ذلك . . قلنا : فليس مندرجاً فيما تقدم)اهـ

. . . .

واعتبر الشافعي الأغلب ، فإن كان الغالب الطاعة وندرت المعصية في بعض الأوقات. . فهو عدل ، وإن كان الغالب الصغائر. . فهو فاسق وترد شهادته ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَمَن ثَقُلَتْ مَوَٰزِينُهُۥ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ۝ وَمَنْ خَفَّتْ مَوَٰزِينُهُۥ فَأُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ خَسِرُوٓاْ أَنفُسَهُم ﴾ ، فاعتبر الكثرة والغلبة ؛ لأن في النفس دواعي الطاعات ودواعي المعاصي فاعتبر الأغلب كما قيل [من الرجز] :

مــن لــك بــالمحــض وليــس محــض يخبــث بعــض ويطيــب بعــض

وهو كما يعتبر في الماء إذا اختلط بمائع .

وفسر الرافعي الإصرار بالمداومة على الفعل ، لٰكنه قال : هل هو المداومة علىٰ نوع من الصغائر أو الإكثار من الصغائر سواء كانت من نوع أو أنواع ؟ فيه وجهان ، كلام الشافعي والجمهور يوافق الثاني .

فعلىٰ هٰذا : لا تضر المداومة علىٰ نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعات ، وعلى الأول تضر .

وقال ابن عبد السلام : الإصرار : أن تتكرر منه الصغيرة تكراراً يشعر بقلة مبالاته بذنبه إشعار ارتكاب الكبيرة بذلك ، قال : وكذلك إذا اجتمعت صغائر مختلفة الأنواع بحيث يشعر مجموعها بما يشعر به الإصرار علىٰ أصغر الصغائر .

وعطف المصنف (الإصرار) على (الكبائر) من عطف الخاص على العام ؛ لأن الإصرار كبيرة .

وحكى الزبيلي في « أدب القضاء » وجهاً : أنها لا تصير بالإصرار كبيرة ، كما أن الكبيرة لا تصير بالمواظبة كفراً .

وقال الأستاذ أبو إسحاق : ليس في الذنوب صغيرة ، ولم ينفرد بذلك ؛ فقد قال به ابن عباس وطوائف من المتكلمين ، ونسبه القاضي عياض إلى المحققين ، وهو مشهور عند الأشعرية وإن كان غريباً عند الفقهاء .

وقال في « البسيط » : إنكار الفرق بين الصغيرة والكبيرة لا يليق بالفقه ، وقد فهما من مدارك الشرع .

. . . .

وقال الشيخ عز الدين : المعاصي والطاعات إنما تكون كذلك بحسب ظن فاعلها ، فمن أتىٰ مصلحة يظنها أو يعتقدها مفسدة ثم ظهر كذب ظنه كما لو قتل من يظنه معصوماً فبان مستحق القتل ونحو ذلك . . فإنه يعصي ويفسق ، وينعزل عن ولايته ، وترد شهادته وروايته ، لـٰكن لا يحد ؛ لعدم تحقق المفسدة .

ومن أتىٰ مفسدة يظنها مصلحة واجبة أو مندوبة أو مباحة كما لو وطىء امرأة يظنها زوجته فبانت أجنبية . . لم يعص ، ولم يقدح في شهادته .

قال : وقد يكون الشيء في الظاهر معصية ، لـٰكن تقترن به نية صالحة تخرجه عن ذلك كالشهادة على المكوس ، وأخذ الظلمة الأموال إذا قصد بها الشاهد حفظها على أربابها ، والشهادة لهم ليرجعوا به في وقت آخر عند إمكانه برجوع السلطان إلى العدل أو تولية عدل ، فإن ذلك يجوز ، وإن قصدوا إعانة الظلمة . . لم يجز ، ويجوز أن يأخذوا الأجرة بنية ردها إلىٰ أربابها ، إلا أن يكونوا من العلماء الذين يقلدهم الناس . . فلا يجوز ؛ لأنهم لا يطلعون علىٰ نياتهم .

وللأصحاب في حد الصغيرة والكبيرة وجوه :

أحدها : الكبيرة الموجبة للحد .

الثاني : ما يلحق صاحبه الوعيد الشديد بنص كتاب أو سنة ، وهـٰذان الوجهان أكثر ما يوجد لهم ، وهم إلىٰ ترجيح الأول أميل ، ولـٰكن الثاني أمثل ؛ فإن أكل الربا ومال اليتيم وقطع الرحم والعقوق والسحر والنميمة وشهادة الزور وغيرها من الكبائر ، ولا حد فيها .

الثالث : كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة .

الرابع : كل فعل نص الكتاب علىٰ تحريمه ، وكل معصية توجب حداً .

الخامس : في « روضة الحكام » ما يوجب الحد أو القتل عمداً بغير حق أو شبه عمد .

السادس : ما أوجب الحد أو الوعيد ، ذكره في « الحاوي » .

السابع : عن الحليمي : كل محرم لعينه منهي عنه لمعنىً في نفسه .

. . . .

والتحقيق : أنها كل ذنب قرن به وعيد أو حد أو لعن ، أو أشعر بتهاون مرتكبه في دينه إشعار أصغر الكبائر المنصوص عليها بذلك .

وقد أعرض جماعة عن حدها واقتصروا علىٰ عدها ، فقال الروياني : هي سبع ، وقال ابن عباس هي إلى السبع مئة أقرب .

منها : السبع الموبقات[١] ، وشهادة الزور ، والإفطار في رمضان بلا عذر ، واليمين الفاجرة ، وقطع الرحم ، وعقوق الوالدين ، والفرار من الزحف ، وأكل مال اليتيم ، والخيانة في الكيل والوزن ، وتقديم الصلاة علىٰ وقتها وتأخيرها عنه بلا عذر ، وكتمان الشهادة بلا عذر ، وأخذ الرشوة ، والدياثة والقيادة ، والسعاية عند السلطان ، ومنع الزكاة ، وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بلا عذر ، ونسيان القرآن بعد تعلمه[٢] ؛ لما روىٰ أبو داوود [٤٦٢] والترمذي [٢٩١٦] : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « عرضت علي ذنوب أمتي ، فلم أر ذنباً أعظم من سورة من القرآن أو آية أوتيها رجل ثم نسيها » لـٰكن في إسناده رجل ضعيف .

ومن الكبائر إحراق الحيوان بالنار ، والنشوز ، والظهار ، واليأس من رحمة الله ، والأمن من مكره ، وأكل لحم الخنزير والميتة بلا ضرورة ، والوطء في الحيض ، والشرب من آنية الذهب والفضة ، والتختم بالذهب للرجال ، ولبس الحرير بلا ضرورة ، وأخذ المال غصباً .

---

(١) في هامش (د) : (في « الصحيحين » [خ ٢٧٦٧ـ م ٨٩] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اجتنبوا السبع الموبقات » قيل : وما هن يارسول الله ؟ قال : « الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات ») .

(٢) في هامش (ت) و(ز) : (**فائدة** : قال في « الروضة » تبعاً لـ« أصلها » : وللتوقف مجال في بعض هـٰذه الخصال كقطع الرحم وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر علىٰ إطلاقها ، ونسيان القرآن ، وإحراق مطلق الحيوان ، وقد أشار الغزالي في « الإحياء » إلىٰ مثل هـٰذا التوقف ، وفي « التهذيب » وجه : أن ترك صلاة واحدة ليس كبيرة ، بل لا ترد به شهادة حتىٰ يعتاده ، زاد في « الروضة » الحديث الذي ذكره الشارح في ذم من نسي القرآن بعد تعلمه) .

. . . .

وفي « صحيح البخاري » [٢١٦] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل النميمة كبيرة) .

وفي « الأذكار » [٤٣١/١] : أن رجلاً أتىٰ إلىٰ عمر بن عبد العزيز فذكر له عن رجل شيئاً فقال : إن شئت . . نظرنا في أمرك ، فإن كنت صادقاً . . فأنت من أهل هـٰذه الآية : ﴿ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ ﴾ ، وإن كنت كاذباً . . فأنت من أهل هـٰذه الآية : ﴿ هَمَّازٍ مَّشَّآءِۭ بِنَمِيمٍ ﴾ ، وإن شئت . . عفونا عنك ، قال : العفو يا أمير المؤمنين ، لا أعود إلىٰ ذلك أبداً .

قال : ورفع رجل رقعة إلى الصاحب ابن عباد يحثه فيها علىٰ أخذ مال يتيم وكان مالاً كثيراً ، فكتب علىٰ ظهرها : النميمة قبيحة وإن كانت صحيحة ، والميت يرحمه الله ، واليتيم جبره الله ، والمال ثمَّره الله ، والساعي لعنه الله .

وقال أبو طالب المكي : الكبائر سبع عشرة :

أربع في القلب : الإشراك بالله ، والإصرار علىٰ معصية الله ، والقنوط من رحمة الله ، والأمن من مكره .

وأربع في اللسان : قذف المحصنات ، وشهادة الزور ، والسحر ، واليمين الغموس .

وثلاث في البطن : أكل أموال اليتامىٰ ظلماً ، وأكل الربا وهو يعلم ، وشرب كل مسكر .

واثنان في الفرج : الزنا واللواط .

واثنان في اليد : القتل والسرقة .

وواحدة في الرجل : الفرار من الزحف .

وواحدة في جميع الجسد : عقوق الوالدين .

ومن الصغائر : النظر إلىٰ ما لا يجوز ، والضحك من غير عجب ، والكذب الذي لا حد فيه ولا ضرر ، والاطلاع في بيوت الناس ، وهجر المسلم فوق ثلاث ، والنياحة والصياح وشق الجيب في المصائب ، والجلوس مع الفساق إيناساً لهم ،

والصلاة المكروهة في الأوقات المنهي عنها ، والبيع والشراء في المسجد ، وإمامة القوم وهم له كارهون ، والكلام والإمام يخطب ، والوصال في الصوم على الأصح ، والاستمناء ، وكثرة الخصومات وإن كان محقاً ؛ لأن الخصومة لجاج في الكلام يوغر الصدر ، ويهيج الغضب ، ويورث الحقد ، ويطلق اللسان في العرض ، فمن خاصم . . تعرض لهٰذه الآفات ، والخصومة مبدأ الشر .

روى الترمذي [١٩٩٤] عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : « كفىٰ بك إثماً أن لا تزال مخاصماً » .

ومنها : الغيبة ، وفي إطلاق القول بأنها من الصغائر نظر ؛ فقد نقل القرطبي وغيره الإجماع علىٰ أنها من الكبائر ، وقد غلظ أمرها في الكتاب والسنة ، ولم يصرح من الأصحاب بكونها صغيرة إلا الغزالي وصاحب « العدة » .

وقال في « البحر » : لو نوى العدلُ فعل كبيرة غداً كالزنا أو القتل . . لم يصر به فاسقاً ، بخلاف نية الكفر ؛ لأن نية الاستدامة شرط في الإيمان ، بخلاف هٰذا . اهـ

وهٰذا ينبني على أن أفعال القلوب يؤاخذ بها ، وورد في ذلك وعكسه أخبار ، وحرره الغزالي فقال : الذي يرد على القلب أربعة أشياء : الخاطر وهو : حديث النفس ، ثم بعده الميل ، ثم بعدهما الاعتقاد ، ثم العزم بعدها .

فالخاطر والميل لا يؤاخذ بهما ، والعزم يؤاخذ به قطعاً ، وأما الاعتقاد . . فقد يكون اختيارياً فيؤاخذ به ، وقد يكون اضطرارياً فلا يؤاخذ به .

قال : (**ويحرم اللعب بالنرد على الصحيح**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من لعب بالنرد . . فقد عصى الله ورسوله » رواه مالك [٢/٩٥٨] وأحمد [٤/٣٩٤] وأبو داوود [٤٨٩٩] وابن ماجه [٣٧٦٢] وابن حبان [٥٨٧٢] والحاكم [١/٥٠] من حديث أبي موسى الأشعري .

وفي « صحيح مسلم » [٢٢٦٠] من رواية بريدة : « من لعب بالنردشير . . فكأنما غمس يده في لحم خنزير ودمه » .

والفرق بينه وبين الشطرنج : أن الشطرنج وضعت لصحة الفكر والتدبير ، فهي

تعين على الحروب ، والنرد مصادفة كالأزلام ، كذا قال ابن الرفعة وغيره ، ومن هنا يؤخذ تحريم الطاب كما سيأتي .

والثاني : أن النرد مكروه كالشطرنج ، لٰكن كراهته شديدة ، ونقل الشيخ موفق الدين الحنبلي في « المغني » الإجماع علىٰ تحريم اللعب به ، ولعله محمول علىٰ ما إذا قامر به كما هو الغالب ، ثم على القول بتحريمه : الصحيح : أنه من الصغائر ، وصحح الإمام أنه من الكبائر .

وقال الماوردي : النرد موضوع على البروج الاثني عشر والكواكب السبعة ؛ لأن بيوته اثنا عشر ، ونقطه من جانبي الفص سبعة ، وهو فارسي معرب ، ومعنىٰ شير : حلو ، وأول من وضعه أزدشير بن بابك .

قال : (**ويكره شطرنج**)[1] وهو بفتح الشين وكسرها والفتح أشهر .

روى البيهقي [١٠/٢١٢] عن علي : أنه مر بقوم يلعبون به فقال : (ما هٰذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون) وفي رواية [١٠/٢١٢] : (صاحبه أكذب الناس ، يقول : قتلت ، وما قتل) .

وعن واثلة بن الأسقع أنه قال : إن الله لينظر إلى الخلق كل يوم مئة وستين نظرة ، ليس لصاحب الشطرنج منها نصيب .

وسئل الأستاذ الإسفراييني عنه فقال : إذا سلمت اليدان من الخسران والصلاة من النقصان واللسان عن البهتان . . أرىٰ ذلك أنساً بين الخلان .

وأما تسمية الفرس والفيل . . فقال الروياني : لا يضر ؛ لأنها مجازات .

والوجه الثاني : أنه حرام كالنرد ، واختاره الروياني ، وبه جزم الحليمي والأئمة الثلاثة ، وإليه ذهب جمهور العلماء .

وسئل مالك عنه فقال : أحق هو ؟ قالوا : لا ، قال : فماذا بعد الحق إلا الضلال .

---

(١) في هامش (ت) : (وفي « شرح الروض » بكسر أوله وفتحه معجماً ومهملاً ، وأنكر بعضهم فتحه ، وهٰذا يخالف ما في « شرح الروض ») .

وانفرد الغزالي بأنه مباح يصير بالمواظبة عليه مكروهاً ، قال الرافعي : لأن اللعب به روي عن عبد الله بن الزبير وأبي هريرة وابن عباس وابن سيرين وأبي عمرو بن العلاء ، وأقر لاعبه عمر والحسن بن علي ، وكان يلعب به استدباراً سعيد بن جبير ومحمد بن سيرين وهشام بن عروة والشعبي والشافعي[1] ، كذا حكاه عنهم ابن شاكر في « مناقب الشافعي » .

وظاهر كلام الرافعي : أن المراد بابن الزبير : الصحابي ، ولهـٰذا قدمه علىٰ أبي هريرة ، وليس كذلك ، بل المراد هشام بن عروة بن الزبير ، كذا رواه البيهقي في « المعرفة » عن الشافعي .

وعلى الصحيح : قال الزبيلي : هو من الصغائر ، فلو لعبه مستحله مع من يعتقد تحريمه.. فالأرجح عند الشيخ : التحريم ؛ لما فيه من مساعدة الآخر على المعصية ، وهو كالبيع وقت النداء مع من لا تلزمه الجمعة[2] .

وقد تقدم في (السير) حديث أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا مررتم بهـٰؤلاء الذين يلعبون بالأزلام والشطرنج والنرد.. فلا تسلموا عليهم »[3] .

وروى البيهقي [١٠/٢١٦] عن الشافعي أنه قال : اللعب ليس من صنعة أهل الدين ولا المروءة .

قال : (**فإن شرط فيه مال من الجانبين.. فقمار**) ، فيحرم حينئذ ، وأشار في « الأم » إلىٰ نقل الإجماع فيه .

---

(١) انظر « البيهقي » (١٠/ ٢١١) ، و« معرفة السنن والآثار » (٢٠١٣٣) فما بعدها .

(٢) في هامش (ت) : (هـٰذا النظير لا يوافق موافقة تامة ؛ لأن لاعب الشطرنج معتقد الحل مع معتقد الحرمة ليس كالبيع وقت النداء مع من لا تلزمه الجمعة كالمسافر ، والفرق بينهما : أن المتبايعين معتقدان حرمة البيع بعد الزوال ؛ أي : كل منهما يعتقد ذلك ، بخلاف اللاعبين .
أفادنيه مولانا شيخ الإسلام تقي الدين القاري ولم يعتمده ؛ لكونه بحثاً لبعض أهل العلم ، ووقف عند إطلاق كلامهم ، والخاطر مال إلىٰ هـٰذا الفرق ؛ فإنه كالصبح ظاهر) .

(٣) أخرجه الديلمي (١٠٤٥) .

. . . .

فإذا أخرج أحدهما المال ليبذله إذا غُلب ويمسكه إذا غَلب . . فليس بقمار ، ولا ترد به الشهادة ، ولـٰكنه عقد مسابقة علىٰ ما ليس من آلات القتال فلا يصح .

ويشترط أن لا يقترن به فحش ، ولا إخراج صلاة عن وقتها عمداً ، فإن وجد ذلك . . ردت به الشهادة إن تكرر ، واستشكله الشيخان ؛ لما فيه من معصية الغافل الساهي .

والجواب : أنه لما عاد إليه وهو يعلم أنه يورث النسيان . . كان مستخفاً متهاوناً .

فرع :

أفتى الشيخ رحمه الله بتحريم اللعب بالطاب ؛ لأن المعتمد فيه علىٰ ما تخرجه الجرائد الأربع ، وسئل عنه شيخنا فأجاب بالكراهة كالشطرنج ، والتحريم فيه أظهر ؛ لما تقدم عن ابن الرفعة في النرد ، وهو مأخوذ من قول الرافعي : ما يعتمد فيه علىٰ إخراج اللاعبين الكعبين ؛ أي : الحصىٰ و نحوه كالنرد ، وما يعتمد فيه على الفكر كالشطرنج .

وكره في « الأم » اللعب بالمنقلة وشطرنج المغاربة ، كما هو مبين في « المطلب » و« الجواهر » و« المهمات » .

وأما الكنجفة ، فإن كان فيها عوض . . فحرام بلا شك ؛ لأنه قمار .

واللعب بالخاتم مقتضىٰ كلام الرافعي في (باب المسابقة) تجويزه ، وبه صرح الصيمري هنا .

وأما اللعب بالحمام . . فأطلق الشافعي كراهته كالشطرنج ، وقال القاضي حسين : هـٰذا إذا لم يسرق فيه طيور الناس ، فإن فعل . . فهو حرام ترد به الشهادة ، واتخاذها للفراخ أو حمل البطائق يجوز .

قال الحليمي : ويحرم التحريش بين الديوك والكباش ؛ لما فيه من إيلام الحيوان بلا فائدة ، ويحرم التفرج علىٰ هـٰذه الأشياء المحرمة ؛ لأن فيه إعانة لهم علىٰ ذلك وحثاً عليها .

ويكره اللعب بالمراجيح .

قال : (**ويباح الحداء وسماعه**) ؛ لما روى النسائي في « عمل اليوم والليلة » [٥٣٢] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن رواحة : « حرك بالقوم » فاندفع يرتجز ، وكان يحدو بالرحال .

وروى البيهقي [١٠/٢٢٧] : أن البراء بن مالك كان يحدو بهم أيضاً .

وروى الشيخان [خ ٦١٤٩ـ م ٢٣٢٣/ ٧٠] عن أنجشة العبد الأسود : أنه حدا بأزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « يا أنجشة ؛ رفقاً بالقوارير »[١] أراد النساء ، وشبههن بالقوارير من الزجاج ؛ لأنه يسرع إليها الكسر ، وإذا كسرت لا تنجبر ، وذلك أن الإبل إذا سمعت الحداء . . أسرعت في المشي ، واشتدت فأزعجت الراكب وأتعبته ، فنهاه عن ذلك ؛ لأن النساء يضعفن عن شدة الحركة .

وواحد القوارير : قارورة ، سميت بذلك لاستقرار المائع فيها .

و(الحداء)[٢] بضم الحاء وبالمد كما ضبطه المصنف بخطه ، وهو كذلك في « المحكم » و« الصحاح » وغيرهما ، ويقال له : الحدو أيضاً ، وهو تحسين الصوت الشجي بالرجز المباح وغيره ؛ ليخفف الكلال ، ويحدث نشاط النفس ، فلم يكن له من الكراهة وجه سواء فيه الحادي والمستمع .

وفي « الإحياء » و« رسالة القشيري » عن أبي بكر الدينوري : أنه كان بالبادية ،

---

(١) في هامش (د) : (« شرح صحيح مسلم » للنووي [١٥/ ٨١] : معناه : أن أنجشة كان حسن الصوت ، وكان يحدو بهن وينشد شيئاً من القريض والرجز وما فيه تشبيب ، فلم يأمن أن يفتنهن ويقع في قلوبهن حداؤه ، فأمره بالكف عن ذلك .
ومن أمثالهم المشهورة : الغناء رقية الزنا ، قال القاضي : هـٰذا أشبه بمقصوده صلى الله عليه وسلم وبمقتضى اللفظ) .

(٢) في هامش (د) : (بضم الحاء وكسرها مقصور . « زركشي ») .

فأضافه رجل ، فرأىٰ عنده عبداً أسود مقيداً ، فسأله عنه فقال مولاه : إنه ذو صوت طيب ، وكانت لي عيس حملتها أحمالاً ثقيلة ، وإنه حداها فقطعت مسيرة ثلاثة أيام في يوم ، فلما حطت أحمالها . . ماتت كلها ، قال : فشفعت فيه فشفعني ، ثم سألته أن يحدو لي : فرفع صوته ، فسقطت لوجهي من طيب صوته ، حتىٰ أشار عليه مولاه بالسكوت .

قال : (**ويكره الغناء بلا آلة وسماعه**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ ٱلْحَدِيثِ ﴾ ، قال ابن مسعود : هو والله الغناء رواه الحاكم [٢/ ٤١١] وقال : صحيح الإسناد ، وروى البيهقي [١٠/ ٢٢١] بإسناد حسن : أنه الملاهي .

وقال تعالىٰ : ﴿ وَٱسْتَفْزِزْ مَنِ ٱسْتَطَعْتَ مِنْهُم بِصَوْتِكَ ﴾ وهو الغناء والمزامير والملاهي ؛ لأنها أصوات كلها مختصة بالمعاصي ، فهي مضافة إلى الشيطان .

وفي « سنن البيهقي » [١٠/ ٢٢٣] عن ابن مسعود : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل » والأصح : وقفه عليه .

وقال الغزالي : لا دلالة فيه ؛ لأن كثيراً من المباحات كلبس الثياب الجميلة ونحوها تنبت النفاق في القلب ، وليس بمكروه .

وقال القاضي أبو بكر بن العربي وابن حزم : لم يرد نص كتاب بتحريمه ، ولا صحت به سنة ، فهو مباح ، لا سيما وقد ورد إباحته عن جماعة من الصحابة والتابعين .

وفي وجه حكاه أبو الفرج الزاز : يحرم سماع كثيره دون قليله .

وفي وجه : يحرم مطلقاً ، وبه جزم الرافعي في (البيع) و(الغصب) فقال : إنه معصية ، وتابعه المصنف في الموضع الثاني وحذف الأول .

والغناء من الصوت ممدود ، ومن المال مقصور .

وكان الأحسن أن يعبر بـ(الاستماع) لا بالسماع ، وحيث قلنا : يكره الإنشاد والاستماع . . فذلك إذا كان من زوجته أو أمته ، فإن كان من امرأة أجنبية . . فهو أشد كراهة .

. . . .

وحكى القاضي أبو الطيب تحريمه ، وهـٰذا هو الخلاف في أن صوتها عورة .

وإن كان في السماع منها خوف فتنة . . فحرام بلا خلاف ، وكذا السماع من صبي تخاف منه الفتنة .

قال الشافعي : إذا صار الإنسان منسوباً إلى الغناء وسمي به فيقال : فلان مغنٍ ، يأخذ علىٰ غنائه أجراً ، ويدعوه الناس إلىٰ دورهم أو يغشونه لذلك في داره . . فهو سفيه مردود الشهادة ؛ لأنه تعرض لأخبث الأكساب ، ونسب إلىٰ أقبح الأنساب .

وأما تحسين الصوت بقراءة القرآن . . فمسنون ، والقراءة بالألحان الموضوعة للأغاني إذا أفرط فيها في المد والإشباع والحركات . . فالصحيح : أنه حرام ، وقال الماوردي : يفسق به القارىء ، ويأثم به المستمع ؛ لأنه عدل به عن نهجه القويم .

ويسن ترتيل القراءة وتدبرها ، والبكاء عندها ، وطلب القراءة من حسن الصوت ، ولا بأس بترديد الآية للتدبر .

فائدة :

سئل القاضي حسين عن السماع فقال : من تعوده من الفقهاء أو غيرهم في كل أسبوع مرة أو في كل شهر مراراً . . فسق وردت شهادته ؛ إذ ليس كل فسق ترد به الشهادة .

وقسمه الغزالي إلىٰ مندوب ومباح ومحرم ، فمن غلب عليه حب الله وحب لقائه . . كان السماع له محبوباً ، ومن غلب عليه عشق مباح في زوجته أو أمته . . كان له مباحاً ، ومن غلب عليه الهوى المحرم كان في حقه حراماً .

وقال الشيخ عز الدين : الرقص لا يتعاطاه إلا ناقص العقل ، ولا يصلح إلا للنساء ، قال : وأما الإنشاد المحرك للأحوال السنية المذكرة لأمور الآخرة . . فلا بأس به ، قال : والسماع يختلف باختلاف السامعين والمسموعين ، ثم ذكر له سبع مراتب ، وحكىٰ في فتواه التي سأله عنها الشيخ أبو عبد الله بن النعمان خلافاً للعلماء في السماع بالملاهي وبالدف والشبابة .

. . . .

وحكى الخلاف في اجتماعهما ابن المنير المالكي في فتواه أيضاً .

وأفتى ابن الصلاح بالتحريم إذا اجتمعا كما سيأتي .

وقال الشيخ : السماع على الصورة المعهودة منكر وضلالة لم يرد به نبي من الأنبياء ، ولا أتىٰ في كتاب منزل من سماء ، بل هو من أفعال الجهال والشياطين .

واجتماع الدف والشبابة قال جماعة من العلماء بتحريمه ، ولم يقل الشافعي بإباحته ، ومن زعم أن ذلك قربة . . فقد كذب وافترىٰ على الله ، ومن قال : إنه يزيد في الذوق . . فهو جاهل أو شيطان .

قال : وقولهم : إن من أنكر ذلك من القشور ، إن أرادوا به الفقهاء . . فقائل ذلك يستحق الأدب ، وإن أرادوا أنهم وصلوا إلىٰ ما لم يصل إليه الفقهاء . . فالواصل لا يقول ذلك .

وكل يدعون وصال ليلىٰ ... وليلىٰ لا تقر لهم بذاكا[1]

قال : ومن نسب السماع إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم . . يؤدب أدباً شديداً ، ويعزر تعزيراً بليغاً ، ويدخل في زمرة الكاذبين عليه صلى الله عليه وسلم ، فليتبوأ مقعده من النار .

وليس هٰذا طريقة أولياء الله وحزبه وأتباع رسوله ، بل طريقة أهل اللهو واللعب والباطل ، ويسوغ الإنكار علىٰ هٰذا باللسان والقلب واليد ، ومن قال من العلماء بإباحة السماع . . فذلك حيث لا يجتمع فيه دف ولا شبابة ، ولا رجال ونساء ، ولا من يحرم النظر إليه ، ولا كلام فاحش .

والصغيرة إذا أصر عليها فاعلها . . صارت كبيرة ، والاحتجاج بالذين لعبوا في المسجد بالحراب[2] وبحديث بني النجار[3] صحيح في النوع المباح من السماع ،

---

(١) البيت من الوافر .

(٢) ابن ماجه (١٨٩٩) ، وأبو يعلى (٣٤٠٩) ، والطبراني في « الصغير » (٧٨) ، وابن السني في « عمل اليوم والليلة » (٢٢٩) .

(٣) البخاري (٤٥٥) ، ومسلم (١٨/٨٩٢) .

وَيَحْرُمُ ٱسْتِعْمَالُ آلَةٍ مِنْ شِعَارِ ٱلشَّرَبَةِ ، كَطُنْبُورٍ وَعُودٍ وَصَنْجٍ وَمِزْمَارٍ عِرَاقِيٍّ ، وَٱسْتِمَاعُهَا ، . . . .

لا في النوع المنهي عنه .

ووافق الشيخ رحمه الله علىٰ ذلك علماء عصره من المذاهب الأربعة .

والتصفيق باليد حكمه حكم اليراع مع الغناء ، قاله الشاشي وابن درباس .

وقال الحليمي : يكره للرجال ، ويباح للنساء .

قال : (**ويحرم استعمال آلة من شعار الشربة**)[1] ؛ لأنها آلة الشرب ، وتدعو إليه ، وفيه تشبه بأهله وهو حرام .

وكذلك لو رتب جماعة مجلساً و أحضروا آلة الشرب وأقداحه وصبوا فيها السكنجبين[2] ، ونصبوا ساقياً يدور عليهم ويسقيهم ، ويجيب بعضهم بعضاً بكلامهم المعتاد بينهم .

قال : (**كطنبور وعود وصنج ومزمار عراقي ، واستماعها**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليكونن في أمتي أقوام يستحلون الحِرَّ[3] والحرير والمعازف » رواه البخاري[4] عن شيخه هشام بن عمار بإسناده ، إلا أنه قال : قال هشام ، ولم يقل : حدثنا ، فزعم ابن حزم أنه منقطع لم يسمعه منه ، ووهم في ذلك ؛ فإنه سمعه منه ، إلا أنه أخذه عنه حال المذاكرة لاحال التحديث ، وهاذه عادة البخاري مبالغة في الاحتياط ، وقد وصله الإسماعيلي في « صحيحه » وأبو نعيم في « المستخرج » وأبو داوود في « سننه » [٤٠٣٦] بأسانيد صحيحة لا مطعن فيها .

قال الجوهري وغيره : المعازف : آلات اللهو[5] ، والمعنىٰ فيه ـ كما قاله في

---

(١) في (ت) : (لأنها تلهي عن ذكر الله وعن الصلاة) .

(٢) **السكنجبين** : هو شراب مركب من الخل والسكر أو من الخل والعسل وغيره وهو لفظ معرب .

(٣) في هامش (ز) : (الحر : أي : الفرج) .

(٤) كتاب الأشربة باب ما جاء فيمن يستحل الخمر ويسميه بغير اسمه .

(٥) في هامش (د) : (المعازف بالعين المهملة والزاي : الدفوف وغيرها من آلات اللهو ، وأصل العزف أصوات . « زركشي ») .

« الإحياء » ـ : أنها تدعو إلىٰ شرب الخمر ، والتشبه بأهل المعاصي حرام .

ومن المعازف الرباب والجنك[1] والكمنجة ، فيحرم الضرب بها ، وهو الاستعمال الذي عناه المصنف .

وقال الغزالي : القياس تحليل العود وسائر الملاهي ، ولٰكن ورد ما يقتضي التحريم .

أما العود . . ففي إباحته وجه في « الحاوي » و« البحر » ، وعلل بأنه يخفف الأحزان وينعش روحانية الإنسان ، ومال إليه أبو منصور البغدادي ، ونقل عن صاحب « المهذب » ، لٰكنه لم يذكره في كتبه الفقهية ، وعزاه إليه أبو طاهر المقدسي ، وهٰذه النسبة باطلة قطعاً ؛ فقد صرح هو في « المهذب » هنا وفي (الوصايا) بتحريمه ، وهو قضية ما في « التنبيه » ، ومن عرف حال الشيخ وشدة ورعه ومتين تقواه . . جزم ببراءة ساحته عن ذلك ، وكيف يظن ذو لب في هٰذا العبد القانت أنه يقول في دين الله ما لم يكن ، وكل من ترجمه لم يذكر في ترجمته شيئاً من ذلك .

وأول من ضرب بالعود لامك بن المتوشلح .

قالوا : وهو مركب من حركات نفسانية يذهب الهم ويقوي الهمة ويزيد في النشاط ، وهٰذا لا وجه له ؛ لأنه أكثر الملاهي طرباً وأشغلها عن ذكر الله وعن الصلاة ، وأشرت إلىٰ ذلك في « المنظومة » بقولي [من الرجز] :

ونغمـــات العـــود للمحـــزان ... قـــالـوا تـــزيـــل أثـــر الأحـــزان

فـاجـزم علـى التحـريـم أي جـزم ... والحـزم أن لا تتْبَـع ابـن حـزم

فقـــد أبيحـــت عنـــده الأوتـــار ... والعـــود والطنبـــور والمـــزمـــار

ونبه المصنف بقوله : (استماعها) علىٰ أن المحرم الإصغاء إليها ، لا السماع من غير قصد ؛ فإنه لا يحرم ، فإن استمع وأصغىٰ . . أثم .

وقوله : (الشربة) هو بتاء في آخره ، جمع شارب كظالم وظلمة ، والأولىٰ حذفها

(١) **الجنك** : الربابُ ، من الآلات الموسيقية الوترية ، والجنك كلمة فارسية معربة .

لاَ يَرَاعٍ فِي ٱلأَصَحِّ . قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : تَحْرِيمُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

كما عبر به في « الوجيز » ، وهم الذين يجتمعون على الشراب الحرام .

و(الطنبور) معروف ، و(الصنج) قال الجوهري : يتخذ من صفر ، يضرب أحدهما بالآخر ، مختص بالعرب ، وأما الصنج ذو الأوتار . . فيختص به العجم .

وقال الشيخ شرف الدين البارزي : مراد الرافعي به ذو الأوتار ، وهـٰذا عجيب منه ؛ فقد قال الرافعي بعد ذلك : إن الضرب بالصفاقتين حرام ، ذكره الشيخ أبو محمد وغيره ، وتوقف الإمام فيه ، وهـٰذا هو الصنج العربي .

وعبر عن الصنج في « المهذب » بالصليل ، وهو بكسر الصاد وتشديد اللام المكسورة .

و(المزمار العراقي) : هو الذي يضرب به مع الأوتار ، وهو بكسر الميم واحد المزامير ، وأول من اتخذها بنو إسرائيل .

قال : (**لا يراع في الأصح**) ؛ لأنه ينشط على السير في الأسفار فأشبه الحداء .

وفي « سنن أبي داوود » [٤٨٨٩] و« ابن حبان » [٦٩٣] عن نافع عن ابن عمر : أنه سمع زمارة راع فجعل إصبعيه في أذنيه وعدل عن الطريق وجعل يقول : (يا نافع أتسمع ؟) فأقول : نعم ، فلما قلت : لا . . راجع الطريق ثم قال : (هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله) .

قال ابن حزم : فلما لم يأمر نافعاً بسد أذنيه ، ولم ينبه الراعي . . دل علىٰ جوازه ، وسد الأذن تورعاً ، أو كان في حالة ذكر ليجتمع فكره .

قال الرافعي : ويروىٰ : أن داوود عليه السلام كان يضرب بها في غنمه .

وعن الصحابة الترخص فيه ، وهـٰذا صححه الغزالي ، وهو الأقرب في « الشرح الكبير » ، والأظهر في « الصغير » ، واختاره أبو الطيب المقدسي وتاج الدين الفزاري وابن عبد السلام وابن دقيق العيد والجاجرمي في « الإيضاح » والخطابي والماوردي والروياني .

قال : (**قلت : الأصح : تحريمه والله أعلم**) قياساً على المزمار ، وهو الذي صححه البغوي وابن أبي عصرون ، وقال في « الروضة » : إنه الأصح ، وهو هـٰذه

الزمارة التي يقال لها : الشبابة ، وقد صنف الإمام أبو القاسم الدولعي خطيب الشام في تحريمها كتاباً مشتملاً علىٰ نفائس ، وأطنب في دلائل تحريمه .

وقال الماوردي : تكره في الأمصار وتباح في الأسفار والمرعىٰ ، وتبعه الروياني .

وقال ابن الصلاح : الخلاف في الدف الذي بالجلاجل وفي الشبابة محله إذا انفرد كل منهما ، فأما إذا اجتمعا فيحرمان بإجماع من يعتد به ، قال في « الجواهر » : وكلام أصحابنا يأباه .

و(اليراع) : الشبابة ، سميت بذلك لخلو جوفها ، ومنه : رجل يراع ؛ أي : لا قلب له .

قال : (**ويجوز دف**) وهو الدائر المفتوح ، وفي داله الفتح وهي لغة أهل الحجاز ، والضم وهي لغة غيرهم .

قال : (**لعرس**) ؛ لما روىٰ البخاري [٥١٤٧] عن الربيع بنت معوذ رضي الله عنها : قالت جاء النبي صلى الله عليه وسلم فدخل حين بُنيَ عليَّ ، فجلس علىٰ فراشي ، فجعلت جويريات لنا يضربن بالدف ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر ؛ إذ قالت إحداهن : وفينا نبي يعلم ما في غد فقال صلى الله عليه وسلم : « دعي هـٰذا وقولي الذي كنت تقولين » وترجم عليه : (باب الضرب بالدف في النكاح والوليمة) .

وفي « الترمذي » [١٠٨٩] و« سنن ابن ماجه » [١٨٩٥] عن عائشة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أعلنوا هـٰذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدف » ، وصحح ابن حبان[1] وجماعة حديث : (فصل ما بين الحلال والحرام الضرب بالدف) وحسنه الترمذي [١٠٨٨] .

وقال البغوي في « شرح السنة » : يستحب في العرس والوليمة ، ووقت العقد والزفاف ، وقريباً منه من قبل ومن بعد .

---

(١) ذكره ابن حبان في كتاب « المجروحين » (٣/ ١١٣) في ترجمة يحيىٰ بن أبي سليم ، ولم ينص علىٰ تصحيح الحديث ، فليتنبه .

وَخِتَانٍ ـ وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي ٱلْأَصَحِّ ـ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلاَجِلُ . وَيَحْرُمُ ضَرْبُ ٱلْكُوبَةِ ـ وَهُوَ : طَبْلٌ طَوِيلٌ ضَيِّقُ ٱلْوَسَطِ ـ . . . .

وقال الحليمي : إذا قلنا بإباحته . . فإنما يجوز تعاطيه للنساء دون الرجال ، والجمهور لم يفرقوا بينهما .

قال : (**وختان**) ؛ لما روى ابن أبي شيبة [٣/ ٣٢١] عن عمر : أنه كان إذا سمع صوت الدف . . بعث ، فإن كان في النكاح أو الختان . . سكت ، وإن كان في غيرهما . . عمل بالدرة .

قال : (**وكذا غيرهما في الأصح**) كالعيد وقدوم الغائب إظهاراً للسرور ؛ فقد روى الترمذي [٣٦٩٠] وابن حبان [٤٣٨٦] : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما رجع إلى المدينة من بعض مغازيه . . جاءته جارية سوداء فقالت : يا رسول الله ؛ إني نذرت إن ردك الله سالماً أن أضرب بين يديك بالدف وأتغنىٰ ، فقال لها : « إن كنت نذرت . . فأوف بنذرك » .

فمن الأصحاب من أطلق حله لذلك ، وعليه جرى الإمام والغزالي .

وأطلق صاحب « المهذب » والبغوي تحريمه ؛ لأثر عمر السابق .

والثالث : يكره ، وهو ما أورده القاضي أبو الطيب .

قال : (**وإن كان فيه جلاجل**) ؛ لإطلاق ما ورد من الأخبار ، وقيل : يحرم في هـٰذه الحالة .

ولم يبين المصنف المراد بالجلاجل ، وقال ابن أبي الدم : المراد به : الصنوج ، وبه صرح في « الحاوي الصغير » حيث قال : وبدف بصنج ، وقد يراد بها الحلق وغيرها مما يعمل في المزاهر التي جرت العادة بالضرب بها .

قال : (**ويحرم ضرب الكوبة ، وهو طبل طويل ضيق الوسط**) ؛ لما روىٰ أبو داوود [٣٦٧٨] وصححه ابن حبان [٥٣٦٥] عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله حرم الخمر والميسر والكوبة » .

قال الرافعي والمصنف تبعاً للغزالي : ولا يحرم من الطبول غيرها ، والموجود لأئمة المذهب التحريم فيما عدا الدف .

لاَ ٱلرَّقْصُ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَكَسُّرٌ كَفِعْلِ ٱلْمُخَنَّثِ ، . . . .

و(الكوبة) بضم الكاف وسكون الواو ، قال في « المهمات » : وتفسيرها بالطبل خلاف المشهور في كتب اللغة ، قال الخطابي : غلط من قال : إنها الطبل ، بل هي النرد ، وذكر مثله ابن الأعرابي والزمخشري وابن الأثير . اهـ

وفيما قاله شيخنا نظر ؛ فإن الجواليقي والجوهري قالا : إنها الطبل الصغير .

وقال في « المحكم » : الكوبة : الطبل والنرد ، فجعلها مشتركة بينهما فلا يحسن الاعتراض على الرافعي رحمه الله .

قال : (**لا الرقص**) فإنه مجرد حركات على استقامة أو اعوجاج ، وفي « الصحيحين » [خ ٤٥٥ـ م ٨٩٢/٢٠] عن عائشة قالت : (جاء حبش يزفنون ـ أي : يرقصون ـ في يوم عيد في المسجد ، فدعاني النبي صلى الله عليه وسلم ، فوضعت رأسي علىٰ منكبه وجعلت أنظر إلىٰ لعبهم حتىٰ كنت أنا التي انصرفت عنهم) وكانت عائشة إذ ذاك صغيرة أو قبل أن تنزل آية الحجاب ؛ حتىٰ لا يعارض ما رواه أبو داوود عن أم سلمة في قوله : « أفعمياوان أنتما ؟! ألستما تبصرانه ؟! » .

وقال القفال : يكره مطلقاً ، وقال الأستاذ أبو منصور البغدادي : تكلفه على الإيقاع مكروه ، وجزم الغزالي بإباحته .

وفرق الجاجرمي بين المداومة وغيرها ، فحرمه عندها وأباحه عند غيرها .

وفرق القاضي حسين والغزالي في « الإحياء » بين أرباب الأحوال الذين يقومون بوجد وغيرهم ، فأولـٰئك جائز لهم وغيرهم يكره لهم .

قال : (**إلا أن يكون فيه تكسر كفعل المخنث**) فذلك حرام على الرجال والنساء ، قاله الحليمي ، ونقل في « المهمات » عنه الكراهة ، ونقل ابن أبي الدم عن الشيخ أبي علي كراهته .

قال البيهقي في « الشعب » [٥١٢٣] : إذا لم يكن في الرقص تكسر وتخنث . . فلا بأس به ؛ فإنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لزيد : « أنت مولانا » فحجل . وهو أن يرفع رجلاً ويقفز على الأخرىٰ من الفرح .

وقال لجعفر : « أشبهت خلقي وخلقي » فحجل ، وقال لعلي : « أنت مني وأنا منك » فحجل .

و(المخنث)[1] بكسر النون وفتحها ، والكسر أفصح والفتح أشهر ، وهو الذي خلقته كخلقة النساء في الحركات والهيئات .

فإن كان ذلك خلقة . . فلا إثم فيه ولا عيب ، وإن تكلفه . . فهو حرام مذموم شرعاً ، وعليه حملت أحاديث لعنه[2] .

قال : (**ويباح قول شعر وإنشاده**) وكذا نظمه ، وكذا يباح استماعه في الجملة ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان له شعراء يصغي إليهم ، منهم حسان بن ثابت وعبد الله بن رواحة .

وروىٰ مسلم [٢٢٥٥] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للشريد بن سويد الثقفي : « أمعك شيء من شعر أمية بن أبي الصلت ؟ » قال : نعم ، قال : « هيه فأنشده » فقال : هيه ، فلم يزل كذلك إلىٰ أن أنشده مئة بيت فقال : « كاد أن يسلم » يعني أمية ، وإنما استحسن شعره ؛ لأن أكثره عبر وأمثال وإذكار بالبعث والنشور ، ووعد ووعيد بالجنة والنار .

وأنشد النابغة الجعدي بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم [من الطويل] :

ولا خير في حلم إذا لم يكن له بوادر تحمي صفوه أن يكدرا

(١) في هامش (ت) : (قال في « المهمات » في « كتاب النكاح » : اعلم : أن المخنث بكسر النون وفتحها ، يقال : خنَّث الرجل بالتشديد إذا تشبه فهو مخنِّث ، كما تقول : حدث فهو محدِّث ، وخبَّر فهو مخبِّر ، لـٰكن الفتح أشهر وإن كان الكسر أفصح ، قاله النووي في « تهذيب الأسماء واللغات » .

قال الجوهري : الانخناث هو التثني والتكسر ، والاسم منه الخنث بضم الخاء ، خنثت الشيء بالتشديد فتخنث ؛ أي : عطفته فانعطف . والخَنِث بفتح الخاء وكسر النون : هو المسترخي المتثني) .

(٢) انظر البخاري (٥٨٨٦) ، وأبا داوود (٤٨٩٢) ، والترمذي (٢٧٨٥) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٩٢٠٧) ، وابن ماجه (١٩٠٣) .

ولم ينكره عليه صلى الله عليه وسلم[1] ، وكان صلى الله عليه وسلم أهدر دم كعب بن زهير ، فورد إلى المدينة مستخفياً ، وقام إليه بعد صلاة الصبح ممتدحاً فقال :

بانت سعاد . . . إلىٰ آخرها[2] .

فرضي عليه وأعطاه بردة ابتاعها منه معاوية بعشرة آلاف درهم ، وهي التي مع الخلفاء إلى اليوم .

وقال الأصمعي : سمعت شعر الهذليين علىٰ محمد بن إدريس الشافعي .

وروى الشافعي [٣٦٦/١] وغيره : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الشعر كلام حسنه كحسنه وقبيحه كقبيحه » والرافعي جعله من كلام الشافعي نفسه ، والصحيح : أنه مرسل .

قال : (**إلا أن يهجو**) ولو كان صادقاً في هجوه ، وعليه حمل الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام : « لأن يمتلىء جوف أحدكم قيحاً خير له من أن يمتلىء شعراً » رواه مسلم [٢٢٥٨] ، فحمله على الهجو والفحش .

وقال أبو عبيدة : معناه : أن يغلب عليه فيشتغل عن القرآن والفقه ، ولهـٰذا ذم الامتلاء ، والهجو والفحش قليله وكثيره مذموم ، قال في « المطلب » : وهو حسن ، وليس إثم حاكيه كإثم منشئه .

قال الرافعي : ويشبه أن يكون التعريض هجواً كالتصريح ، وبه جزم في « الشرح الصغير » ، وقال ابن كج : ليس التعريض هجواً .

ويستثنىٰ من ذلك هجو المشركين ، فإنه يجوز ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به حسان[3] ، والقياس في الفاسق المتظاهر كذلك .

---

(١) « المطالب العالية » (٤٤٦٩) .
(٢) انظر « الحاكم » (٥٧٨/٣) ، والبيهقي (٢٤٣/١٠) .
(٣) البخاري (٣٢١٣) ، ومسلم (٢٤٨٦) .

أَوْ يُفْحِشَ ، أَوْ يُعَرِّضَ بِٱمْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، وَٱلْمُرُوءَةُ : تَخَلُّقٌ بِخُلُقِ أَمْثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ ، . . . .

قال : (**أو يفحش**) ؛ لما فيه من الأذىٰ .

و(يفحش) بضم الياء وكسر الحاء مضارع أفحش ، أي : تجاوز الحد .

روى الترمذي [١٩٧٤] وابن ماجه [٤١٨٥] عن أنس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ما كان الفحش في شيء إلا شانه ، ولا كان الحياء في شيء إلا زانه » .

قال : (**أو يعرض بامرأة معينة**) فترد شهادته بذلك ؛ لما فيه من الأذىٰ والغيبة ، وكذا ترد شهادته إذا كان يصف الأعضاء الباطنة ؛ لما فيه من هتك الستر .

فإن قيل : كعب بن زهير شبب بامرأة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه . . فالجواب : أنها كانت امرأته أو ابنة عمه ، وطال عهده بها وغيبته عنها ، وكان في هدنة من النبي صلى الله عليه وسلم .

وأورد علىٰ إطلاق المصنف إذا شبب بزوجته أو أمته . . فإنه يجوز علىٰ وجه ، والأصح المنصوص : أن شهادته ترد بذلك إذا ذكرها بما حقه الإخفاء ؛ لسقوط مروءته .

وإذا شبب بغلام وذكر أنه يعشقه . . قال الروياني : يفسق وإن لم يعينه ؛ لأن نظره بالشهوة حرام ، واعتبر في « التهذيب » وغيره فيه التعيين كالمرأة .

فرع :

المادح إذا أطرىٰ ، فإن أمكن حمله علىٰ نوع مبالغة . . جاز ، وإلا . . فهو كذب محض ، والصحيح رد الشهادة به إن كثر .

وخالف الصيدلاني والقفال ؛ لأن الكاذب يوهم الكذب صدقاً ، بخلاف الشاعر .

فعلىٰ هٰذا : لا فرق بين قليله وكثيره ، قال الرافعي : وهو حسن بالغ ؛ لأن غرض الشاعر إظهار الصنعة لا التحقيق .

قال : (**والمروءة : تخلق بخلق أمثاله في زمانه ومكانه**) وقد تقدم بيانها ، فلا تقبل شهادة من لا مروءة له ، واختلفوا في تعاطي ما يخل بها ، فعن الشيخ تقي

فَٱلْأَكْلُ فِي سُوقٍ ، وَٱلْمَشْيُ مَكْشُوفَ ٱلرَّأْسِ ، وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ بِحَضْرَةِ ٱلنَّاسِ ، وَإِكْثَارُ حِكَايَاتٍ مُضْحِكَةٍ ، . . . .

الدين بن رزين ثلاثة أوجه : الحظر ، والإباحة ، والثالث : إن تعلقت به شهادة . . حرم تعاطي ذلك ، وإلا . . فلا .

قال : (**فالأكل في سوق**) ؛ لما في « معجم الطبراني » [طب ٨/٢٤٩] عن أبي أمامة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الأكل في السوق دناءة » لٰكن إسناده لين .

والمراد بـ(الأكل) : أن ينصب مائدة ويأكل ، وعادة مثله خلاف ذلك ، فلو كان ممن عادته ذلك كالصنائعيّين والسماسرة ، أو كان ذلك في الليل . . فلا ، وكالأكل في السوق ، والشرب من سقايات الأسواق ، إلا أن يكون سوقياً أو غلبه العطش .

قال : (**والمشي مكشوف الرأس**) كذلك البدن إذا لم يكن ممن يليق به ذلك ، أو كان محرماً بحج أو عمرة .

قال : (**وقبلة زوجة وأمة بحضرة الناس**) ؛ إذ لا يصدر ذلك إلا عن ذي همة دنيئة ، وكان الأحسن أن يقول : وقبلة زوجة أو أمة أو كذا أو كذا .

وعد في « الروضة » من هٰذا حكاية ما يتفق له مع زوجته في الخلوة ، وجزم في (كتاب النكاح) بأن ذكر ذلك مكروه ، وجزم في « شرح مسلم » بتحريمه ، ومن هٰذا : أن يخرج عن حسن المعاشرة مع الأهلين والمعاملين وتضايق في اليسير .

قال : (**وإكثار حكايات مضحكة**) ؛ لما في « الترمذي » [٢٣١٥] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ويل للذي يحدث فيضحك به قومه فيكذب ، ويل له ويل له » وقيل : إن هٰذا هو الهمزة اللمزة .

وفي الصحيح : « من تكلم بالكلمة يضحك بها جلساءه . . يهوي بها في النار سبعين خريفاً »[1] .

---

(١) هٰذا اللفظ من حديثين : الأول : أخرجه ابن حبان (٥٧٠٦) ، وفيه « ما يرى بها بأساً » بدل قوله : « يضحك بها جلساءه » والتي وردت في الحديث الثاني الذي أخرجه ابن حبان (٥٧١٦) وأصل الحديث رواه الشيخان البخاري (٦٤٧٨) ، ومسلم (٢٩٨٨) .

وَلُبْسُ فَقِيهٍ قَبَاءً وَقَلَنْسُوَةً حَيْثُ لاَ يُعْتَادُ ، وَإِكْبَابٌ عَلَىٰ لَعِبِ ٱلشَّطْرَنْجِ أَوْ غِنَاءٍ أَوْ سَمَاعِهِ ، وَإِدَامَةُ رَقْصٍ يُسْقِطُهَا ، ....

والمراد بـ(الإكثار) : أن يصير ذلك عادة له .

وتقييده بـ(الإكثار) يخرج ما إذا لم يكثر ، أو كان ذلك طبعاً لا تطبعاً كما اتفق لنعيمان بن عمرو ، وكان رجلاً صالحاً من قدماء الصحابة ، ومع ذلك كان فيه دعابة زائدة وممازحة شاهدة ، وله في ذلك أخبار ظريفة ، منها : قصته مع سويبط[١] التي ضحك منها النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه حولاً فأكثر[٢] ، وقال فيه النبي صلى الله عليه وسلم : « إنه يحب الله ورسوله »[٣] .

قال : (**ولبس فقيه قباء وقلنسوة حيث لا يعتاد**) ، وكذلك عكسه ؛ لأن الإقدام علىٰ ذلك لا يكون إلا من منحل عن ربقة المروءة ، فتسقط الثقة بقوله .

وصح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الحياء شعبة من الإيمان »[٤] .

واحترز المصنف عما يعتاد كالمسافر وفي بعض الأمكنة ، فلا يؤثر ذلك في قبول الشهادة ؛ إذ لا يخل بالمروءة حينئذ .

و(القلنسوة) : ما يلبس على الرأس ، وجمعها قلانس .

قال : (**وإكباب علىٰ لعب الشطرنج**) وذلك بحيث يغلب عليه ويشغله عن مهماته ، وإن لم يقترن به ما يحرمه ؛ لإخلال ذلك بالمروءة ، ويرجع في قدر الكثرة إلى العادة ، هـٰذا في اللعب به في الخلوة ، أما على الطريق .. فخارم للمروءة وإن قل .

قال : (**أو غناء أو سماعه ، وإدامة رقص يسقطها**) ؛ لأن ذلك لا يصدر إلا من الأراذل الذين لا مروءة لهم .

---

(١) في هامش (د) : (« تهذيب » : باع نعيم سويبطاً في الشام ، وقال للذين اشتروه : هو ذو لسان وسيقول : إنه حر ، فلا تغتروا بقوله) .

(٢) ذكرها ابن عبد البر في « الإستيعاب » (٣/ ٥٤٣) .

(٣) أخرجه ابن سعد في « الطبقات » (٣/ ٤٩٣) ، وابن عبد البر في « الإستيعاب » (٣/ ٥٤٧) .

(٤) أخرجه البخاري (٩) ، ومسلم (٣٥) .

وَٱلأَمْرُ فِيهِ يَخْتَلِفُ بِٱلأَشْخَاصِ وَٱلأَحْوَالِ وَٱلأَمَاكِنِ ، وَحِرْفَةٌ دَنِيئَةٌ كَحِجَامَةٍ وَكَنْسٍ وَدَبْغٍ مِمَّنْ لاَ تَلِيقُ بِهِ تُسْقِطُهَا ، فَإِنِ ٱعْتَادَهَا وَكَانَتْ حِرْفَةَ أَبِيهِ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ .

قال : (**والأمر فيه يختلف بالأشخاص والأحوال والأماكن**) ، فقد يستقبح من شخص دون شخص ، وفي قطر دون قطر .

ونبه بـ(السماع) علىٰ أن الاستماع لذلك من باب أولىٰ بالحكم ، وألحق بذلك الاكتساب بالشعر والغناء .

قال : (**وحرفة دنيئة كحجامة وكنس**) أي : للأخلية (**ودبغ ممن لا تليق به تسقطها**) ؛ لإيذان ذلك بقلة المروءة ، وكذلك ما أشبه ذلك كالزبال والحارس ونخال التراب ـ كما قاله الجرجاني في « التحرير » ـ والإسكاف ، وقال القاضي : إن كان يخرز بشعر الخنزير . . لم تقبل شهادته ، وإلا . . قبلت في الأصح ، وكذلك الحكم في القصاب وقيم الحمام ؛ لما روى ابن النجار في ترجمة عبد الله بن خالد عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أحب الله عبداً . . جعله قيم مسجد ، وإذا أبغض عبداً . . جعله قيم حمام » .

وقوله : (دنيئة) هو بالهمز من الدناءة ، وهي السقاطة ، وأما غير المهموز . . فهو القريب .

قال : (**فإن اعتادها وكانت حرفة أبيه . . فلا في الأصح**) ؛ لأنه لا يتعير بذلك ، وهي حرفة مباحة ، بل من فروض الكفايات ؛ لاحتياج الناس إليها ، ولو ردت بها الشهادة . . لربما تركت فتعطل الناس .

وقال صلى الله عليه وسلم : « اختلاف أمتي رحمة »[1] وقد تقدم في شرح خطبة الكتاب بيان معناه .

الوجه الثاني : يسقطها ؛ لأن رضاهم بهٰذه الحرف يشعر بالخسة وقلة المروءة .

قال في « الروضة » : ولم يتعرض الجمهور لهٰذا القيد ، وينبغي أن لا يقيد بصنعة آبائه ، بل ينظر هل يليق به هو أم لا ؟

---

(١) انظر « كشف الخفاء » (١/ ٦٦) .

. . . .

ويستثنى المحترف بالغناء ؛ فترد شهادته مطلقاً كما نص عليه الشافعي وصرح به الجمهور ، وحكىٰ شريح فيه وجهين .

والمراد : حرفة مباحة ، بخلاف المنجم والعراف والكاهن والمصور والمشعبذ ، فلا تقبل شهادتهم ؛ لأن شعارهم التلبيس على العامة .

ومما عمت به البلوى : التكسب بالشهادة مع أن شركة الأبدان حرام ، وذلك قادح في العدالة ، لا سيما إذا منعنا أخذ الأجرة على التحمل ، أو كان يأخذ ولا يكتب .

فروع :

في الحائك طريقان : أصحهما : طرد الوجهين ، وقيل : يقبل قطعاً ، واستحسنه الإمام ؛ لأنه ينسج غزلاً كما أن الخياط يخيط غزلاً منسوجاً ، وألحق الماوردي السماك بالحائك .

وفي الصباغ والصواغ أيضاً طريقان : المذهب : القطع بالقبول ، وقيل بالوجهين ؛ لما روىٰ أبو داوود الطيالسي [٢٥٧٤] وغيره : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أكذب الناس الصباغون والصواغون » قيل : المراد : الذين يصبغون الكلام ويصوغونه ؛ أي : يغيرونه ، والمشهور : أنهم صباغوا الثياب وصاغة الحلي ؛ لكثرة مواعيدهم الكاذبة .

قيل : رأىٰ أبو هريرة قوماً يتعادون فقال : ما شأنهم ؟ قالوا خرج الدجال ، فقال : كذبة كذبها الصباغون .

وحكىٰ شريح في قبول شهادة الأقلف وجهين ، والصحيح : أنا إن أوجبنا الختان . . فتركه بلا عذر فسق .

ونص الشافعي على أنه لا تقبل شهادة المتعصب المشهور بذلك ؛ لأنه غير بعيد من تهمة الكذب .

وتقبل شهادة الطَّوَّاف على الأبواب وسائر السؤّال ، إلا أن يكثروا[١] الكذب في

(١) كذا في النسخ ، ولعل الصواب : (إلا أن يكثر) .

. . . .

دعوى الحاجة وهو غير محتاج ، أو يأخذ مالاً لا يحل له أخذه فيفسق بذلك .

وكلام الرافعي هنا يشعر بجواز السؤال للقادر على الكسب .

وقد صرح المصنف في (صدقة التطوع) بتصحيح التحريم .

ومما يخرم المروءة : مد الرجل بين الناس بلا مرض ، وحمل الأطعمة والماء إلى المنزل ممن لا يليق به ذلك ، فإن فعله اقتداء بالسلف الصالحين . . لم يقدح فيه .

وكذلك لبس الخشن والمرقع من الثياب ، واعتياد البول قائماً والبول في الماء حيث لا عذر ، والبول في السوق والطرق ممن لا يليق به ذلك ، والتحدث بمساوىء الناس ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ﴾ الآية .

وفي « روضة الحكام » وجهان في قبول شهادة ذي الصدغين ، وفي معناه الدبوقة[1] .

وفي ثالث : إن كان من قوم يعتادون ذلك . . قبل ، وإلا . . فلا ، وهو الأقرب .

واضطرب كلام الروياني في نتف اللحية ، فقال في موضع : لا ترد به الشهادة ، وقال في آخر : ترد به ، وهو الصواب المنصوص .

وألحق القاضي والزبيلي به نتف الأنف والإبط بحضرة الناس ، وكذلك خضاب الشعر بالسواد ؛ لأن الصواب تحريمه .

وحاضر الدعوة بغير طلب إذا لم تكن دعوة سلطان ، هـٰذا في الأكل فقط ، أما الانتهاب . . فحرام ترد به الشهادة .

ومن ترك تسبيحات الركوع والسجود والسنن الراتبة أحياناً . . لا ترد به شهادته ، فإن اعتاد تركها وترك غسل الجمعة . . ردت شهادته ؛ لتهاونه بالدين .

وحكىٰ أبو الفرج في ركعتي الفجر والوتر وجهين .

---

(١) **الدبوقة** : هو ذو الشعر المضفور .

وَٱلتُّهَمَةُ : أَنْ يَجُرَّ إِلَيْهِ نَفْعاً أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ ضَرَراً ، فَتُرَدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ وَمُكَاتَبِهِ وَغَرِيمٍ لَهُ مَيْتٍ أَوْ عَلَيْهِ حَجْرُ فَلَسٍ ، أَوْ بِمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ ، . . . .

قال : (**والتهمة : أن يجر إليه نفعاً أو يدفع عنه ضرراً ، فترد شهادته لعبده**) أي : المأذون له ؛ لما في ذلك من التهمة .

قال : (**ومكاتبه**) ؛ لأن له في ماله عُلقة ، وفي « طبقات العبادي » : أن أبا علي ابن خيران أجاز شهادته له .

نعم ؛ يستثنىٰ منه ما يوجد تبعاً ، كما إذا شهد بشقص فيه شفعة لمكاتبه . . قال الرافعي هناك : قال الشيخ أبو علي : تقبل ، قال الإمام : وكأنه أراد أنه يشهد للمشتري إذا ادعى الشراء ثم ثبتت الشفعة تبعاً ، فأما شهادته للمكاتب . . فلا تقبل بحال .

قال : (**وغريم له ميت أو عليه حجر فلس**) ؛ لأنه إذا أثبت للغريم شيئاً . . أثبت لنفسه المطالبة ، أما شهادة الغريم لغريمه الموسر . . فتقبل ، وكذا المعسر قبل الحجر عليه على الأصح ؛ لتعلق الحق بذمته .

قال : (**أو بما هو وكيل فيه**) ؛ لأنه يثبت بشهادته ولاية على المشهود به ، وكذا الوصي والقيم في محل تصرفهما ، وكذلك الشريك في المشترك بأن يقول : هـٰذا بيننا ، ويجوز أن يشهد له بالنصف .

فلو عزل الوكيل نفسه ثم شهد . . قبلت ، إلا أن يكون قد خاصم . . فلا تقبل أبداً ، ذكره الهروي وابن القاص والعبادي .

وأشعر كلام المصنف وغيره بالقطع بقبول شهادة الوكيل لموكله بما ليس وكيلاً فيه ، وقال الماوردي : فيه وجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لعدم تصرفه فيه .

والثاني : لا ؛ لأنه صار بالنيابة عن ذي الحق منهما وذكر في نظيرها من الموصىٰ له أنه يقبل وجهاً واحداً ، وفرق بأن الوكيل يجوز أن يتقرب بشهادته إلىٰ موكله ، بخلاف الموصىٰ له ، فصار الوكيل متهماً ، والموصى له غير متهم ؛ لأنه لا يتقرب بها إلى الموصي بعد الموت . اهـ

وَبِبَرَاءَةِ مَنْ ضَمِنَهُ ، وَبِجِرَاحَةِ مُوَرِّثِهِ . وَلَوْ شَهِدَ لِمُوَرِّثٍ لَهُ مَرِيضٍ أَوْ جَرِيحٍ بِمَالٍ قَبْلَ ٱلِانْدِمَالِ . . قُبِلَتْ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

وقد يقال : إنه يتقرب بها إلى الوارث ؛ ليعجل له الموصىٰ به ، أو لا ينازعه فيه .

قال : (**وببراءة من ضمنه**) ؛ لأنه يسقط به المطالبة عن نفسه .

قال : (**وبجراحة مورثه**) ؛ للتهمة .

قال : (**ولو شهد لمورث له مريض أو جريح بمال قبل الاندمال . . قبلت في الأصح**) ؛ لأن شهادته لا تجر لنفسه نفعاً ولا تدفع عنه ضرراً .

والثاني ـ وبه قال أبو إسحاق ـ : لا تقبل كما لو شهد أن مورثه جرح ، أما بعد الاندمال فتقبل قطعاً ، وقد تقدم في (باب دعوى الدم والقسامة) مسألة المريض أبسط من هٰذا .

فلو شهد الوارث لمورثه بالجراحة قبل الاندمال فردت ـ كما قاله المصنف ـ ثم أعادها بعد الاندمال . . لم تقبل في الأصح كالفاسق بعد التوبة .

فروع :

قال القاضي أبو سعيد الهروي : لا تقبل شهادة المودع في الوديعة للمودع إذا نازعه في الوديعة أجنبي ؛ لأنه يستديم اليد لنفسه .

وكذا شهادة المرتهن للراهن لا تقبل(١) وتقبل للأجنبي .

وأن شهادة الغاصب على المغصوب بالعين(٢) لأجنبي لا تقبل لفسقه ، ولتهمته بدفع الضمان ومؤنة الرد ، فإن شهد بعد الرد . . قبلت شهادته ، وإن شهد بعد التلف . . لم تقبل ؛ لأنه يدفع الضمان .

وأن شهادة المشتري شراءً فاسداً بعد القبض لا تقبل للأجنبي ، وأن شهادة المشتري شراءً صحيحاً بعد الإقالة والرد بالعيب لا تقبل للبائع ؛ لأنه يستبقي لنفسه الغلات والفوائد .

---

(١) في هامش (ص) : (أي : منه) .

(٢) في هامش (ص) : (أي : المغصوبة) .

وَتُرَدُّ شَهَادَةُ عَاقِلَةٍ بِفِسْقِ شُهُودِ قَتْلٍ ، وَغُرَمَاءِ مُفْلِسٍ بِفِسْقِ شُهُودِ دَيْنٍ آخَرَ . وَلَوْ شَهِدَا لِاثْنَيْنِ بِوَصِيَّةٍ فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ مِنْ تِلْكَ ٱلتَّرِكَةِ . . قُبِلَتِ ٱلشَّهَادَتَانِ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

ولو شهد لأخيه بمال ثم مات المشهود له قبل استيفائه والأخ وارثه ، فإن كان بعد حكم الحاكم . . لا ينقض ، وإن كان قبله . . لا يحكم ، قاله البغوي في « الفتاوىٰ » .

قال : (**وترد شهادة عاقلة بفسق شهود قتل**) أي : تحمله ؛ لأنهم يدفعون عن أنفسهم ضرر التحمل ، وهـٰذه تكررت أيضاً في الباب المذكور .

أما لو شهد أن فلاناً جرح مورثه فمات وكان على المجروح دين يستغرق أرش الجناية ولا مال له . . فإنها تقبل[1] ؛ لانتفاء التهمة ، قاله ابن أبي عصرون .

قال : (**وغرماء مفلس بفسق شهود دين آخر**) ؛ لدفع ضرر المزاحمة ، وكان ينبغي أن يقول : مفلس حجر عليه ؛ فإن شهادتهم قبل الحجر مقبولة على الأصح كما سبق ، فإن أجيب عنه بأن المفلس في الاصطلاح : من حجر عليه . . فيقال : فلم قيد به في صورة التهمة السابقة .

قال : (**ولو شهدا لاثنين بوصية فشهدا للشاهدين بوصية من تلك التركة . . قبلت الشهادتان في الأصح**) ؛ لانفصال كل شهادة عن الأخرىٰ ، لأنها شهادة لا تجرُّ نفعاً ولا تدفع ضرراً ، وكذلك نقول في رفقاء القافلة : يجوز أن يشهد بعضهم لبعض في قطع الطريق إذا قال كل واحد منهم : أخذ مال فلان ولم يقل : أخذ مالنا ، علىٰ ما هو مذكور في (باب قاطع الطريق) .

والوجه الثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : المنع ؛ لاحتمال المواطأة ، وعبر في « الروضة » بالصحيح لا بالأصح .

فرع :

شهد فقيران أن هـٰذا المال لزيد من أول الحول إلىٰ آخره ، قال الروياني : إن كانا من جيران المال . . لم تقبل ؛ للتهمة ، وإن كانا بعيدين . . فالأصح : القبول .

---

(١) في النسخ : (لا تقبل) ، والتصويب من هامش (ز) .

وفي « التهذيب » : لو شهد عدلان من الفقراء أن فلاناً أوصىٰ بثلث ماله للفقراء . . قبلت شهادتهما ، ويشترط لصحة الدعوىٰ بالوصية على الورثة أن يقول : وأنا قبلت ذلك ، قاله القفال في « الفتاوىٰ » .

قال : (**ولا تقبل لأصل ولا فرع**) وبه قال مالك وأبو حنيفة ؛ لأن المشهود له بعضه ، فشهادته له كشهادته لنفسه .

وعن ابن القاص رواية قول عن القديم : أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة ، وبه قال المزني ، واختاره ابن المنذر .

والمذهب : الأول ، واستدل له الرافعي وغيره بحديث : « لا تجوز شهادة الوالد للولد ، ولا الولد للوالد » وهو موضوع لـٰكن يدل له حديث مسلم [٢٤٤٩/٩٥] عن المسور بن مخرمة أنه قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يخطب الناس علىٰ هـٰذا المنبر ـ يعني منبر المدينة ـ وأنا يومئذ محتلم فقال : « إن فاطمة بضعة مني » كذا في « صحيح مسلم » ولعله وهم ، فإن المسور ولد في السنة الثانية من الهجرة بعد مولد ابن الزبير بأربعة أشهر فلم يدرك من حياة النبي صلى الله عليه وسلم إلا نحو ثمان سنين، ومن سنه كذلك . . لا يكون محتلماً ، وقد رواه الإسماعيلي في « صحيحه » بلفظ : «وأنا حينئذ كالمحتلم»، يعني : في فهمه وحفظه، فبينت هـٰذه الرواية الصواب .

ولا عبرة بأبوة الرضاع وبنوته بالاتفاق ، ولا تقبل أيضاً لمكاتب أصله وفرعه ومأذونهما .

ويؤخذ من إطلاق المصنف أنه لا تقبل تزكية الوالد لولده ، وهو الأصح ، وكذلك لا تقبل شهادته له بالرشد .

ولا فرق في المنع بين أن يكون المشهود له أجنبياً أو أصلاً أو فرعاً ، فلو شهد لأحد ابنيه على الآخر . . لم تقبل ، قاله الغزالي ، وأفتىٰ بهاء الدين بن الجميزي بجوازه ، وبه صرح الشيخ عز الدين في « القواعد » ؛ لأن الوازع الطبعي قد يعارض بظهور الصدق لضعف التهمة العارضة ، وتقدم في انعقاد النكاح بابني الزوجين خلاف ، والظاهر مجيئه هنا .

وَتُقْبَلُ عَلَيْهِمَا ، وَكَذَا عَلَىٰ أَبِيهِمَا بِطَلَاقِ ضَرَّةِ أُمِّهِمَا أَوْ قَذْفِهَا فِي ٱلْأَظْهَرِ ، وَإِذَا شَهِدَ لِفَرْعٍ وَأَجْنَبِيٍّ . . قُبِلَتْ لِلأَجْنَبِيِّ فِي ٱلأَظْهَرِ . قُلْتُ : وَتُقْبَلُ لِكُلٍّ مِنَ ٱلزَّوْجَيْنِ . . . .

فائدة :

شهد الوالد لولده أو العدو علىٰ عدوه أو الفاسق بما يعلمونه من الحق والحاكم لا يشعر بالولادة ولا بالعداوة ولا بالفسق ، فهل يأثم الشهود بذلك ؟ قال ابن عبد السلام : المختار جوازه ؛ لأنهم لم يحملوا الحاكم علىٰ باطل ، إنما حملوه علىٰ إيصال حق إلى المستحق ، ولا إثم على الحاكم ؛ لتوفر ظنه ، ولا على الخصم ؛ لأخذ حقه ، ولا على الشاهد ؛ لمعونته .

قال : (**وتقبل عليهما**) ؛ لانتفاء التهمة ، سواء شهد بمال أو عقوبة ، وقيل : لا تقبل على الأصل بقصاص أو حد قذف .

قال : (**وكذا علىٰ أبيهما بطلاق ضرة أمهما أو قذفها في الأظهر**) ؛ إذ لا تهمة في ذلك .

والثاني : لا تقبل ؛ لأن أمهما تنتفع بذلك .

وموضع القولين إذا شهدا بطلاقها ثلاثاً ، فلو شهدا بطلاق رجعي . . قبلا قطعاً .

ومحل الخلاف في الصورتين إذا كانت أمهما حية ، فإن كانت ميتة . . قبلا قطعاً ، فلو شهدا بطلاق أمهما ، فإن كانت شهادة حسبة . . سمعت ، أو بعد دعواها . . فلا .

قال : (**وإذا شهد لفرع وأجنبي . . قبلت للأجنبي في الأظهر**) ؛ لاختصاص المانع بالفرع .

والثاني : لا تقبل ؛ لأن الصيغة واحدة وقد ردت في البعض ، فكذا في البعض الآخر .

قال : (**قلت : وتقبل لكل من الزوجين**) ؛ لأن الحاصل بينهما عقد يطرأ ويزول ، فلا يمنع قبول الشهادة كعقد الإجارة .

واحتج له ابن المنذر بما تقدم من حكم النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة على الذين

رموها بالقذف ، وأقام عليهم الحد ، وإذا جاز الحكم . . فالشهادة أولىٰ .

والثاني : تقبل شهادته لها دون عكسه ؛ لأن لها النفقة عليه ، فهي متهمة .

والثالث : لا تقبل من الجانبين ؛ لتهمة الإرث ، وبه قال الأئمة الثلاثة ، هـٰذا ما حكاه الشيخان .

وفي رابع : إن كان موسراً . . قبلت ، وإلا . . فوجهان .

وفي خامس : إن شهدت له بمال هو قدر قوتها في ذلك اليوم ولا مال للزوج غيره . . ردت ؛ لعود النفع إليها ، وتقبل في غير هـٰذه الحالة ، حكاهما شريح في « روضته » .

واحترز المصنف عن شهادة أحدهما على الآخر ، فإنها مقبولة ؛ إذ لا تهمة إلا شهادته بزناها فلا تقبل لأمرين :

أحدهما : أنه شهد بجناية علىٰ محل حقه فأشبه الشهادة بالجناية علىٰ عبده .

والثاني : أن شهادته بزناها دالة علىٰ عداوتها ، فإنها لطخت فراشه وأدخلت العار عليه ، فهو أبلغ في العداوة من الضرب والسب .

قال : (**ولأخ وصديق والله أعلم**) ؛ لأن الأخوة والصداقة لا يبعثان علىٰ شهادة الزور ، فإنه يحب لأخيه وصديقه ما يحب لنفسه ، ولا يحب لنفسه المال الحرام .

ومنع مالك من قبول شهادة الصديق الملاطف لصديقه بالهدية وغيرها ، ومن قبول شهادة الأخ لأخيه إذا كان منقطعاً إليه يصله ويبره .

ونبه بـ(الأخ) علىٰ جميع الحواشي ، وهم من عدا الأصول والفروع ، ولا خلاف عندنا في ذلك .

وأما المولىٰ من أعلىٰ ومن أسفل . . فقبل شهادته جمهور الأئمة ، ومنعها شريح .

قال الزمخشري عند قوله تعالىٰ : ﴿ فَمَا لَنَا مِن شَٰفِعِينَ ﴿١٠٠﴾ وَلَا صَدِيقٍ حَمِيمٍ ﴾ : جمع الشافع لكثرة الشافعين ، ووحد الصديق لقلته ، ألا ترىٰ أن الرجل إذا امتحن بإرهاق ظالم . . مضت جماعة وافرة من أهل بلده لشفاعته رحمة له وإن لم يسبق له بأكثرهم معرفة ، وأما الصديق . . فهو الصادق في ودادك الذي يهمه ما أهمك ، فأعز من بيض الأنوق .

قيل لبعضهم : أيما أحب إليك أخوك أم صديقك ؟ قال : لا أحب أخي إلا إذا كان صديقي .

وقال ابن عباس : الصديق آكد من القرابة ؛ لأن الجهنميين لم يستغيثوا بالآباء والأمهات .

فرع :

قال : القاضي حسين والروياني : لا تقبل شهادة القانع لأهل البيت ، وهو : الذي ينقطع عن مكاسبه ويلتجىء إلىٰ أهل بيت يؤاكلهم ، ويرمي عن قوسهم .

وقال القاضي شريح : تقبل شهادته لهم كالصديق لصديقه .

ويدل لعدم القبول ما رواه أبو داوود [٣٥٩٥] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة القانع لأهل البيت ، وأجازها لغيرهم) .

وعلل الخطابي ذلك بالتهمة ، وإلىٰ هـٰذا ذهب أبو حنيفة .

ومسألة القانع ليست في كلام الرافعي ولا المصنف ولا ابن الرفعة ، والحق فيها أن الحديث إن صح . . كان حجة لمن منع قبول شهادته ، لـٰكن في إسناده محمد بن راشد ، وهو متكلم فيه .

والذي أفتىٰ به الشيخ : أن شهادته مقبولة كالصديق والزوج والوكيل في غير ما وكل فيه .

وشهادة المحدود في القذف وغيره مقبولة بعد التوبة ، ورد مالك شهادة ولد الزنا .

قال : (**ولا تقبل من عدو**) ؛ لأن العداوة من أقوى الريب ، وتقدم في أول الباب : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز شهادة ذي ظنة ولا ذي حنة » .

و(الظنة) : التهمة و(الحنة) : العداوة ، والمراد : العداوة الدنيوية الظاهرة ؛ لأن الباطنة لا يطلع عليها إلا مقلب القلوب ، ففي « معجم الطبراني » [طس ٤٣٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « سيأتي قوم في آخر الزمان إخوان العلانية أعداء السريرة » نسأل الله العافية .

ـ وَهُوَ : مَنْ يُبْغِضُهُ بِحَيْثُ يَتَمَنَّىٰ زَوَالَ نِعْمَتِهِ ، وَيَحْزَنُ بِسُرُورِهِ ، وَيَفْرَحُ بِمُصِيبَتِهِ ـ . . . .

والمعنىٰ في منع شهادة العدو : أن العداوة تفضي إلى الشهادة بالباطل ؛ لأنها عظيمة الموقع في النفوس ، تسفك بسببها الدماء ، وتقتحم العظائم .

و(العدو) : ضد الولي ، وجمعه أعداء وعدى .

وقيل لأيوب عليه السلام لما شفي : أي شيء كان أشد عليك من جملة ما مر بك ؟ قال : شماتة الأعداء ، وكان نبينا صلى الله عليه وسلم يستعيذ بالله منها[١] .

قال : (**وهو : من يبغضه بحيث يتمنىٰ زوال نعمته ، ويحزن بسروره ، ويفرح بمصيبته**) هٰذا التفسير لخصه الرافعي من كلام الغزالي وإمامه ، والذي ذكره الرافعي والجمهور إنما هو مجرد البغض ، ولا ينشأ تمني زوال النعمة إلا من الحسد ، وهو من الكبائر .

والأشبه : الرجوع في ذلك إلى العرف ؛ إذ لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة ، وسواء كانت العداوة مكتسبة أو موروثة .

فروع :

ولد العدو تقبل شهادته عندنا ؛ إذ لا مانع بينه وبين المشهود عليه ، ولمالك فيه ثلاثة أقوال :

تقبل مطلقاً ، لا مطلقاً ، إن كان الأب المعادي حياً . . لم تقبل ، وإلا . . قبلت .

روى الحافظ أبو عمر النمري وابن النجار والعسكري في « الأمثال » عن محمد بن طلحة عن أبيه عن أبي بكر الصديق : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الود والعداوة يورثان ، والمودة في الآباء صلة في الأبناء » .

ولو عادىٰ من يريد أن يشهد عليه وبالغ في خصومته فلم يجبه ، ثم شهد عليه . . قبلت شهادته عليه دون عكسه ؛ لئلا يتخذ خصومة الشهود وسيلة إلىٰ ذلك .

---

(١) البخاري (٦٣٤٧) ، ومسلم (٢٧٠٧) .

وَتُقْبَلُ لَهُ ، وَكَذَا عَلَيْهِ فِي عَدَاوَةِ دِينٍ كَكَافِرٍ وَمُبْتَدِعٍ . وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ مُبْتَدِعٍ لاَ نُكَفِّرُهُ ، . . . .

ولو زالت العداوة بعد الشهادة ثم أعادها . . لم تقبل في الأصح ؛ للتهمة .

ولو شهد كافر أو صبي أو عبد فردت شهادته فزال المانع ثم أعادها . . قبلت شهادته .

ولو شهد لمكاتبه بمال أو لعبده بنكاح فردت فأعادها بعد عتقهما . . فبالقبول أجاب[1] في « الشامل » ، وصححه الفارقي وابن أبي عصرون .

قال : (**وتقبل له**) ؛ إذ لا تهمة ، والفضل ما شهدت به الأعداء .

قال : (**وكذا عليه في عداوة دين ككافر ومبتدع**) فتقبل شهادة المسلم على الكافر ، والديِّنِ على الفاسق ؛ لأن العداوة الدينية لا توجب رد الشهادة ، وكذلك تقبل شهادة الجلاد على المحدود ، وكذا لو قال العالم : لا تسمعوا الحديث من فلان ؛ فإنه يخلط ، أو لا تستفتوه ؛ فإنه لا يحسن الفتوىٰ . . لم يقدح ذلك في قبول شهادته ؛ لأن هـٰذا نصح للناس .

قال : (**وتقبل شهادة مبتدع لا نكفره**) .

المبتدع : من أحدث في الشريعة ما لم يكن في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، كمذاهب القدرية والجبرية والمرجئة والمجسمة والرافضة ، فهـٰؤلاء قبول شهادتهم مبني علىٰ تكفيرهم ، فمن كفرهم . . لم يقبل شهادتهم ، ومن لم يكفرهم ـ وهم الأكثرون ـ اختلفوا فيهم :

قال زاهر السرخسي : لما قرب أجل أبي الحسن الأشعري . . دعاني وقال : اشهد علي أني لا أكفر أحداً من أهل القبلة ؛ لأن الجميع يشيرون إلىٰ معبود واحد .

والذي نص عليه الشافعي والجمهور : أن شهادة جميعهم مقبولة إلا الخطابية ، وهم أصحاب أبي الخطاب الأسدي الكوفي ، كان يقول بإلـٰهية جعفر الصادق ، ثم

---

(١) في هامش (ز) : (وستأتي المسألة في كلام الشارح عند قوله : « ولو شهد كافر أو عبد . . . ») .

. . . .

ادعى الإلهية لنفسه ، وهٰؤلاء يعتقدون أن الكذب كفر ، وأن من كان علىٰ مذهبهم لا يكذب فيصدقونه علىٰ ما يقول ويشهدون له بمجرد إخباره ، ومنهم من يستظهر عليه بتحليفه ، وهٰذه شهادة زور .

ومحل رد شهادتهم إذا شهدوا علىٰ مخالفيهم ولم يبينوا سبب الشغل ، فإن شهدوا علىٰ موافقهيم أو علىٰ مخالفهيم وصرحوا بمعاينة الفعل . . قبلت شهادتهم ، صرح به القاضي وغيره .

وجمهور أصحابنا وغيرهم لا يكفرون أحداً من أهل القبلة ، لٰكن اشتهر عن الشافعي تكفير الذين ينفون علم الله تعالىٰ بالمعدوم ، ولا شك في ذلك .

وأما النافين للرؤية والقائلين بخلق القرآن . . فنقل العراقيون عن الشافعي تكفيرهم ، وكان يقول لحفص الفرد : نصفك مؤمن ونصفك كافر ، تقول بخلق القرآن فتكفر ، وتقول بالرؤية فتؤمن .

قال المصنف : والصواب أنهم لا يكفرون ، وتأول النص علىٰ أن المراد كفران النعم ، لا الخروج عن الملة .

ونقل الربيع عن الشافعي أنه قال : لا تقبل شهادة القدرية ؛ لأنهم كفار ، وقال القفال : لا يكفرون ، واختاره الإمام والغزالي والمصنف ، وهو ظاهر النص

أما من نفىٰ إمامة أبي بكر أو قذف عائشة . . فقد كفر ، وقال الشافعي : ما أحد أشهد بالزور من أهل الأهواء من الرافضة .

فائدة :

قال الشيخ عز الدين في « القواعد » : البدعة منقسمة إلىٰ واجبة ومحرمة ومندوبة ومكروهة ومباحة ، قال : والطريق في ذلك أن تعرض البدعة علىٰ قواعد الشريعة ، فإن دخلت في قواعد الإيجاب . . فهي واجبة أو في قواعد التحريم . . فمحرمة ، أو المندوب . . فمندوبة ، أو المكروه . . فمكروهة ، أو المباح . . فمباحة .

فمن أمثلة الواجبة الاشتغال بعلم النحو الذي يفهم به كلام الله ورسوله ، وذلك

واجب ؛ حفظاً للشريعة ، وكذلك تدوين أصول الفقه وحفظ الغريب .

وللبدع المحرمة أمثلة منها : مذاهب القدرية والجبرية والمرجئة والمجسمة ، والرد علىٰ هـٰؤلاء من البدع الواجبة .

ومن أمثلة المندوبة : إحداث الربط والمدارس وكل إحسان لم يعهد في العصر الأول كصلاة التراويح .

ومن المكروهة : زخرفة المساجد وتزويق المصاحف .

ومن المباحة : المصافحة عقب الصبح والعصر ، والتوسع في المآكل والملابس .

وروى البيهقي بإسناده في «مناقب الشافعي» [١/ ٤٦٩] أنه قال : المحدثات ضربان :

أحدهما : ما خالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً . . فهو بدعة ضلالة .

والثاني : ما أحدث من الخير . . فهو غير مذموم ، وقد قال عمر في قيام شهر رمضان : نعمت البدعة هـٰذه ، يعني : أنها محدثة لم تكن .

قال : (. . **لا مغفل لا يضبط**) ؛ لعدم الوثوق بقوله ، والغلط اليسير لا يقدح في الشهادة ؛ لأن أحداً من الناس لا يسلم ، فمن غلب عليه الغلط والنسيان . . فالأكثرون علىٰ عدم قبول شهادته ، ومن تعادل غلطه وضبطه . . فالظاهر : أنه كمن غلب عليه الغلط .

قال : (**ولا مبادر**) أي بالشهادة قبل الاستشهاد ؛ للتهمة .

ففي « الصحيحين » [خ ٦٤٢٨ـ م ٢٥٣٥] عن عمران بن حصين : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في معرض الذم : « يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون » .

وفي « صحيح مسلم » [١٧١٩] من حديث زيد بن خالد الجهني : « ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها » فجمع بينهما بحمل الثاني علىٰ ما تجوز المبادرة إليه وهو شهادة الحسبة ، وحمل الأول علىٰ ما لا تجوز .

و(المبادر) : من يشهد من غير تقدم دعوىٰ .

فإن شهد بعد دعوىٰ قبل أن يستشهد . . ردت شهادته أيضاً على الأصح ؛ للتهمة .

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ ٱلْحِسْبَةِ فِي حُقُوقِ ٱللهِ تَعَالَىٰ ، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ كَعِتْقٍ . . . . .

وإذا رددناها . . ففي صيرورته مجروحاً وجهان : الأصح : لا ، وبناهما الهروي علىٰ أن المبادرة من الصغائر أم من الكبائر .

ولا فرق في رد شهادة المبادر بين أن يكون صاحب الحق عالماً بشهادته أم لا .

نعم ؛ إن لم يكن عالماً يندب له إعلامه حتىٰ يستدعيه فيشهد ، وقيل : إن لم يعلم . . فله المبادرة .

فرع :

تقبل شهادة من اختبأ وجلس في زاوية محتبياً لتحمل الشهادة ، ولا يحمل على الحرص ؛ لأن الحاجة قد تدعو إليه .

وحكى الفوراني قولاً قديماً : إنها لا تقبل ، وهو شاذ ، وفي كراهة ذلك وجهان في « أدب القضاء » لشريح الروياني .

وقال مالك : إن كان المشهود عليه جلداً لا ينخدع . . قبلت الشهادة عليه ، وإلا . . فلا ، وعلى المشهور يستحب أن يخبر الخصم أني شهدت عليك ؛ لئلا يبادر إلىٰ تكذيبه فيعزره القاضي .

فلو قال رجلان لثالث : توسط بيننا لنتحاسب ونتصادق ، ولا تشهد علينا بما جرىٰ . . فهـٰذا شرط باطل ، وعليه أن يشهد ، قال ابن القاص : وترك الدخول في ذلك أحب إلي .

قال : (**وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالىٰ ، وفيما له فيه حق مؤكد**) وهو ما لا يتأثر برضا الآدميين .

و(الحسبة) : اسم من الاحتساب ، وهو طلب الأجر .

قال : (**كعتق**) سواء كان عبداً أو أمة ، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال : تقبل في عتق الأمة دون العبد ، وتقبل في الاستيلاد دون التدبير ، وتقبل في العتق بالتدبير ولا تقبل في الكتابة ، فإن أدى النجم الأخير . . شهد بالعتق .

وفي شراء القريب قولان : أصحهما : لا تقبل فيه شهادة الحسبة ؛ لأنهم يشهدون

وَطَلَاقٍ وَعَفْوٍ عَنْ قِصَاصٍ ، وَبَقَاءُ ٱلْعِدَّةِ وَٱنْقِضَاؤُهَا ، وَحَدٌّ لِلّٰهِ ، وَكَذَا ٱلنَّسَبُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، ....

بالملك ، والعتق يترتب عليه ، فيحمل إطلاق المصنف علىٰ إرادة العتق غير الضمني .

قال : (**وطلاق**) أي : بلا عوض ، سواء الرجعي والبائن ؛ لأن المغلب فيه حق الله تعالىٰ بدليل أن الواقع لا يرتفع بتراضي الزوجين ، وأما الخلع .. فأطلق البغوي المنع فيه ؛ لأنه لا ينفك عن المال ، وهي لا تقبل فيه .

وقال الإمام : تسمع للفراق دون المال ، وهو الذي ذهب إليه القاضي والغزالي وصاحب « الحاوي الصغير » ، ولم يصحح الشيخان فيه شيئاً .

قال : (**وعفو عن قصاص**) ؛ لأنها شهادة علىٰ إحياء نفس وهو حق لله تعالىٰ .

وقيل : لا ، لأن ترك القاتل الدعوىٰ مع الحرص على الحياة يورث تهمة في شهادتهم ، ومن ذلك تحريم الرضاع والمصاهرة والبلوغ والإسلام والاستسلام والزكوات والكفارات والوقوف والوصايا العامة .

فإن كانت لجهة خاصة .. فالأصح : المنع .

(و) منه : (**بقاء العدة وانقضاؤها**) وتحريم المصاهرة .

قال : (**وحد لله**) أي : كالزنا والشرب وقطع الطريق ، وكذلك السرقة على الصحيح ، لـٰكن الأفضل في الحدود الستر .

واحترز المصنف عن حق الآدمي ، فلا تقبل فيه كالقصاص وحد القذف والبيع والإقرار .

وقيل : تقبل الحسبة في الدماء فقط ، وقيل : والأموال أيضاً ، وقيل : تقبل إن لم يعلم المستحق به ، والأصح : المنع مطلقاً .

قال : (**وكذا النسب على الصحيح**) ؛ لأنه متعلق حقوق الله تعالىٰ كالطلاق والعتاق .

والثاني : لا تقبل ، وصححه الغزالي[1] وفاقاً للقاضي حسين .

---

(١) في (ز) : (الفارقي) .

وَمَتَىٰ حَكَمَ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا كَافِرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ . . نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ ، . . .

وكيفية شهادة الحسبة : أن الشهود يجيئون إلى القاضي ويقولون : نحن نشهد علىٰ فلان بكذا ، فأحضره لنشهد عليه ، فإن جاؤوا وقالوا : فلان زنىٰ . . فهم قذفة .

فروع :

تقبل الشهادة بالرضاع المحرم ، قال الرافعي : وفي « فتاوى القفال » : أنهما لو شهدا أن فلاناً أخو فلانة من الرضاع . . لم يكف حتىٰ يقولا : وهو يريد أن ينكحها ، وأنه لو شهد اثنان بطلاق وقضى القاضي بشهادتهما ثم شهد آخران أن بينهما رضاعاً محرماً . . لم تقبل ؛ إذ لا فائدة لها في الحال ، وهو كما مر أن الشهادة بالعتق لا تقبل حتىٰ يكون المشهود عليه يسترقه ، وهـٰذا يقتضي أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة . اهـ

قال في « المهمات » : ظاهر كلام الغزالي وآخرين ـ كما قاله في « المطلب » ـ يشعر بخلاف ما في الفتاوى المذكورة ، ولو جاء عبدا إنسان وقالا : إن سيدنا أعتق أحدنا ، وقامت علىٰ ما يقولان بينة . . سمعت وإن كانت الدعوىٰ فاسدة ؛ لأن البينة على العتق مستغنية عن تقدم الدعوىٰ .

قال : (**ومتىٰ حكم بشاهدين فبانا كافرين أو عبدين أو صبيين . . نقضه هو وغيره**) ؛ لأن الحق أحق أن يتبع .

وقوله : (فبانا) ليس بقيد ، فلو بان أحدهما . . كان كذلك .

والمراد : ظهور ذلك يوم الحكم ، فلو شهد عدلان علىٰ فسقهما مطلقاً ولم يسندا ذلك إلىٰ حالة الحكم . . لم ينقض ؛ لاحتمال حدوثه بعد الحكم ، والمعنىٰ بالنقض أنا نتبين أن القضاء لم ينفذ ، فإن القضاء عندنا لا يغير الحكم ، خلافاً لأبي حنيفة .

وتظهر ثمرة هـٰذا في الفوائد الحادثة من العين المحكوم بها من وقت الحكم إلىٰ أن ينقض فيكون لرب العين ، قال الماوردي : وليس تمزيق السجل نقضاً للحكم حتىٰ ينقضه بالقول ويجب عليه أن يسجل بالنقض ، فإن لم يسجله في الحكم . . لم يلزمه في النقض .

وَكَذَا فَاسِقَانِ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ شَهِدَ كَافِرٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ كَمَالِهِ . . قُبِلَتْ ، أَوْ فَاسِقٌ تَابَ . . فَلاَ ، . . . .

قال : (**وكذا فاسقان في الأظهر**) ؛ لأن النص والإجماع دلا على اعتبار العدالة .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : لا ينقض ؛ لأن فسقهم إنما يعرف ببينة تقوم عليه ، وعدالة تلك البينة لا تدرك إلا بالاجتهاد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

وقيل : ينقض قولاً واحداً .

وأطلق المصنف وغيره أنه إذا بان فسقهما عند الحاكم . . نقضه ، وقيده القاضي بما إذا كان الفسق ظاهراً غير مجتهد فيه ، وترك ابن الرفعة إطلاق البينة عليه .

قال القاضي : فإن كان الفسق مجتهداً فيه . . فلا خلاف أنه لا ينقض .

وهـٰذه المسألة مكررة في الكتاب في قوله في (النكاح) : (ولو بان فسق الشاهد عند العقد . . فباطل على المذهب) .

قال : (**ولو شهد كافر أو عبد أو صبي ثم أعادها بعد كماله . . قبلت**) ؛ لأنه لا عار عليهم فيما لأجله ردت شهادتهم ، فإن الكافر يفتخر بدينه ، والصبي والعبد ليس زوال مانعهما إليهما فلا تهمة في الإعادة .

وأطلق المصنف الكافر تبعاً لـ« المحرر » ، ومرادهما إذا كان يظهر كفره ، فإن كان يستره وأعادها . . فالأصح في « الروضة » ـ وهو القياس في « الرافعي » ـ : عدم القبول ، وقد سوى المصنف بينهما في (باب صلاة الجماعة) فصحح أن مخفي الكفر كمعلنه ، فيحتاج إلى الفرق ، وكذا ينبغي أن يكون حكم كل من يكفر ببدعة إذا رجع عنها وتاب .

ولو ردت شهادته لعداوة فزالت وأعادها . . لم تقبل في الأصح ، ويجريان فيما لو شهد لمكاتبه بمال أو لعبده بنكاح فردت فأعادها بعد عتقهما .

قال : (**أو فاسق تاب . . فلا**) ؛ لأنه قد يخفي فسقه والرد يظهره ، فيسعىٰ في دفع عار الرد السابق ، وسواء في هـٰذا المعلن بفسقه وغيره ، وقال المزني في « المنثور » وأبو ثور : تقبل كما لو أعادها الثلاثة قبله .

وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِغَيْرِهَا بِشَرْطِ ٱخْتِبَارِهِ بَعْدَ ٱلتَّوْبَةِ مُدَّةً يُظَنُّ بِهَا صِدْقُ تَوْبَتِهِ، . . . . .

وصورة المسألة : أن يخفىٰ على القاضي حكمهم ، وجوزنا سماع الشهادة عند الجهل بالحرية والإسلام ، وإلا . . فلو علم القاضي بالصبا والرق . . لا يصغي لسماع شهادتهم ، وأما الفاسق ، فإن احتاج إلىٰ نظر فيه . . أصغىٰ إليه ولم يمنعه من إقامتها ، وإن كان معلناً به . . لم يصغ إليه ، ويمنعه من إقامتها على الأصح .

ثم إن الرد لا يختص بالفاسق ، بل من لا مروءة له إذا خفيت حاله كذلك ، نص عليه الشافعي ، ولهـٰذا جمع في « التنبيه » بينهما .

فرع :

قال القاضي : بعد الحكم بشهادة شاهدين بان لي أنهما كانا فاسقين ولم تظهر بينة . . أفتى الغزالي بأنه إذا لم يتهم في قضائه بعلمه . . مكن من نقضه .

قال : ولو قال : أكرهني السلطان على الحكم بقولهما وكنت أعرف فسقهما . . قبل قوله من غير بينة الإكراه .

ولو بان بالبينة أن الشاهدين كانا والدي المشهود له أو ولديه أو عدوي المشهود عليه . . نقض الحكم .

قال : (**وتقبل شهادته بغيرها**) أي : غير تلك الشهادة التي يشهد بها حال فسقه بالاتفاق ؛ إذ لا تهمة فيها .

فرع :

التائب من الكذب في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم . . قال ابن الصلاح : لا تقبل روايته ، ونقله الصيمري في « شرح الإيضاح » كذلك ، وقال : إنه مما تخالف فيه الرواية الشهادة .

وخالفهما المصنف فقال في « شرح مسلم » : المختار القبول ، ولا يقوى الفرق بينه وبين الشهادة .

قال : (**بشرط اختباره بعد التوبة مدة يظن بها صدق توبته**) ؛ لأن التوبة من أعمال القلوب ، وهو متهم بترويج شهادته ، فاعتبر الشرع ذلك ؛ ليقوىٰ ما ادعاه .

والكلام مسوق لبيان التوبة من المعصية الفعلية كالزنا والسرقة والشرب والغصب وغيرها من الكبائر إذا ظهرت علىٰ مرتكبها ، فمجرد إظهار التوبة عنها لا يكفي في قبول الشهادة ، بل لا بد من اختباره .

قال : (**وقدرها الأكثرون بسنة**) ؛ لأن لمضي فصولها الأربعة أثراً بيناً في تهييج النفوس وانبعاثها لشهواتها ، فإذا مضت على السلامة . . أشعر ذلك بحسن السريرة ، وقد اعتبر الشرع السنة في العنة والزكاة والجزية والتغريب .

ثم هل المدة تقريب أو تحديد؟ وجهان في « الحاوي » ، أظهرهما : الأول .

وقيل : تكفي ستة أشهر ، ونسب إلى النص ، قال القاضي أبو الطيب : ولا معنىٰ له ؛ لأنه لم يرد في الشرع التقدير بهـٰذه المدة إلا في أقل الحمل .

وقيل : شهران ، وقيل : شهر واحد ، نقله إبراهيم المروروذي والبغوي في « التعليقة » .

وعن البخاري : خمسين يوماً بدليل المخلَّفين في غزوة تبوك .

وقيل : لا يتقدر شيء من ذلك ، وإنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه ، ويختلف الحال فيه بالأشخاص وأمارات الصدق ، فرب شخص كتوم يعسر الوقوف علىٰ سرائره يطول استبراؤه ، ورب معلن لا يتماسك في الإخفاء فيقرب ، وصحح هـٰذا القاضي حسين والعبادي والبغوي في « التعليقة » ، والإمام والغزالي والشاشي وصاحب « الترغيب »[1] ، والشيخ عز الدين وغيرهم .

تنبيهات :

أحدها : احترز المصنف عمن ردت شهادته لغلطه في الشهادة . . فإنه لا يستبرأ ، أو لحرصه علىٰ أدائها قبل الاستشهاد . . فإنه لا يستبرأ كما قاله البغوي .

وقال الإمام : يستبرأ دون استبراء الفاسق .

---

(١) في (ز) : (التقريب) .

وَيُشْتَرَطُ فِي تَوْبَةِ مَعْصِيَةٍ قَوْلِيَّةٍ ٱلْقَوْلُ ، فَيَقولُ ٱلْقَاذِفُ : قَذْفِي بَاطِلٌ ، وَأَنَا نَادِمٌ عَلَيْهِ وَلاَ أَعُودُ إِلَيْهِ ، . . . .

ومن ردت شهادته في القذف لنقصان العدد ، إذا أوجبنا عليه الحد . . لا يجب استبراؤه عند الجمهور ، فإن قذف سباً . . اشترط استبراؤه بالمدة المذكورة .

الثاني : يستثنىٰ من إطلاقه ما إذا عصى الولي بالعضل والممتنع من القضاء إذا تعين عليه ، فيزوج وتقبل في الحال كما تقدم ، وكذلك ناظر الوقف بشرط الواقف إذا فسق ثم عاد عادت ولايته .

وكذلك من كان يخفي الفسق إذا أقر به ليقام عليه الحد . . تقبل شهادته بعد توبته من غير استبراء ، قاله الماوردي والروياني ؛ لأنه لم يظهر التوبة عما كان مستوراً عليه إلا من صلاح .

الثالث : ظاهر عبارته تخصيص الاستبراء بالفسق ، فلو زال غيره من الموانع كالصبا والجنون والكفر والرق . . لا يشترط فيها مدة ؛ لأنها لا يطول النظر في زوالها .

قال : (**ويشترط في توبة معصية قولية القول**) أي : مع ما تقدم في التوبة الباطنة والظاهرة .

وقال الشافعي : توبته إكذابه نفسه ؛ لأنه أذنب حيث نطق بالقذف ، كما أن التوبة من الردة بكلمة الشهادة .

قال : (**فيقول القاذف : قذفي باطل ، وأنا نادم عليه ولا أعود إليه**) ، ولا يكلف أن يقول : كذبت ، فربما كان صادقاً فكيف نأمره بالكذب؟!

وقال الإصطخري : يشترط أن يقول : كذبت فيما قدمت ولا أعود إلىٰ مثله ؛ لما روي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « توبة القاذف إكذابه نفسه »[1] كذا استدل به الرافعي ، وهو غريب .

ولا فرق بين أن يكون موجباً للحد أو التعزير بأن قذف غير محصن ، ولا بين أن يكون علىٰ صورة السب أو الشهادة كما تقدم .

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٤/ ٢٠٤) .

وَكَذَا شَهَادَةُ ٱلزُّورِ . قُلْتُ : وَغَيْرُ ٱلْقَوْلِيَّةِ يُشْتَرَطُ إِقْلَاعٌ ، وَنَدَمٌ ، وَعَزْمٌ أَنْ لَا يَعُودَ ، وَرَدُّ ظُلَامَةِ آدَمِيٍّ إِنْ تَعَلَّقَتْ بِهِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (**وكذا شهادة الزور**) فيقول في التوبة منها : كذبت فيما قلت ولا أعود إلىٰ مثله .

قال : (**قلت : وغير القولية يشترط إقلاع ، وندم ، وعزم أن لا يعود ، ورد ظلامة آدمي إن تعلقت به والله أعلم**) فلا تكمل التوبة إلا بذلك ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَٱسْتَغْفَرُواْ لِذُنُوبِهِمْ ﴾ وهو الندم ، ﴿ وَلَمْ يُصِرُّواْ ﴾ وهو العزم .

وروي عن عمر أنه قال : (بقية عمر المرء لا قيمة لها ، يدرك بها ما فات ، ويحيي بها ما أمات ، ويبدل سيئاته حسنات) .

ولأن الإقلاع يتعلق بالحال ، والندم بالماضي ، والعزم بالمستقبل .

والمراد بـ(الإقلاع) : تركه في الحال إذا كان متلبساً به أو مصراً علىٰ معاودته .

وشرط القاضي حسين في التوبة أن يستغفر الله بلسانه .

هـٰذا في حقوق الله الخالية عن الحد ، فإن تعلق بآدمي . . وجب رابع وهو خروجه عنه إلىٰ مستحقه إن أمكنه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من كانت لأخيه عنده مظلمة في عرض أو مال . . فليستحله قبل أن لا يكون دينار ولا درهم ، فإن كان له عمل . . يؤخذ منه بقدر مظلمته ، وإلا . . أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه » رواه مسلم .

قال المصنف : حتىٰ لو تلفت عنده وكان مفلساً . . وجب عليه التكسب والأداء لتصح التوبة .

وعلىٰ هـٰذا : لا تصح توبة المكاس حتىٰ يرد أموال الناس ، وكذلك سائر الظلمة ، ولا السارق حتىٰ يرد ما سرق ، فإن تعذر عليه المستحق أو وارثه . . سلمه للإمام أو قاض عادل ، فإن تعذر . . تصدق به عنه عند انقطاع خبره بنية الغرامة ؛ فإن لم يفعل . . لم تصح توبته ، كذا في « الإحياء » و« الرقم » للعبادي .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٩٣٠] عن عقبة بن عامر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يدخل صاحب مكس الجنة » قال البيهقي [١٦/٧] : (المكس) : هو النقصان .

. . . .

فإذا كان العامل في الصدقات ينقص من حقوق المساكين ولا يعطيهم إياها بالتمام. . فهو حينئذ صاحب مكس يخاف عليه الإثم والعقوبة .

وقال في « الكفاية » : شرط الأصحاب الندم والعزم خاصة ، والإقلاع زاده الرافعي وغيره من المتأخرين ، وكأن الجمهور إنما لم يتعرضوا له ؛ لأنه من ثمرات التوبة ، وكذلك اقتصر في « الإرشاد » علىٰ حدها بالندم .

وقال في « الإحياء » : كثيراً ما يطلق اسم التوبة على الندم ، وجعل الترك كالثمرة والتابع ، وعليه حمل قوله صلى الله عليه وسلم : « الندم توبة » رواه ابن ماجه [٤٢٥٢] ، وصححه الحاكم [٤/٢٤٣] وابن حبان [٦١٢] .

واعتبر الأستاذ أبو إسحاق وغيره من الأصوليين شرطاً رابعاً وهو : الإخلاص لله تعالىٰ ، حتىٰ لو عوقب علىٰ جريمة فندم وعزم علىٰ عدم العود لأجل ما حل به خوفاً من وقوع مثله. . لم يكف ، وهـٰذا لا يحتاج إليه ؛ لأنه شرط في كل عبادة ، والكلام في خصوص التوبة .

وزاد غيره خامساً وهو : أن لا يغرغر ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَيْسَتِ ٱلتَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ حَتَّىٰٓ إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ ٱلْمَوْتُ قَالَ إِنِّي تُبْتُ ٱلْـَٰٔنَ ﴾ ، وسادساً وهو : أن لا تطلع الشمس من مغربها .

وقد تكون التوبة بالندم خاصة في حق من ليس متلبساً بها في الحال ولا في المستقبل كتوبة المجبوب من الزنا ؛ فإنها مقبولة خلافاً لبعض المعتزلة .

والتوبة من أعظم العبادات فلا بد فيها من النية .

ولا يشترط في التوبة عن ذنب التوبة عن غيره ، فقد يتوب عن ذنب دون ذنب .

ولا يبطل التوبة عن ذنب العود إليه ، خلافاً للمعتزلة .

وعبارة المصنف تشمل المال والقصاص وحد القذف ، وكان الأحسن أن يقول : والخروج منها إن أمكنه ؛ ليشمل الرد والإبراء من المال والعرض ، ولئلا يوهم أنه إذا تعذر الرد. . لا تصح التوبة ، وليس كذلك ؛ فقد ذكر الأصحاب أن المغتاب يستحل ممن اغتابه ، فإن تعذر بموته أو غيبته الشاسعة. . استغفر الله ، ولا اعتبار بتحليل الورثة .

. . . .

قال العبادي : والحسد كالغيبة في ذلك ، وهو : أن يهوىٰ زوال نعمة المحسود ، فيخبر المحسودَ بما أضمره ويستحله ، ويسأل الله أن يزيل عنه هـٰذه الخلة .

قال في « الروضة » : المختار بل الصواب : أنه لا يجب إخبار المحسود ، بل لا يستحب ، ولو قيل : يكره . . لم يبعد ، ثم قال : وهل يكفي الاستحلال من الغيبة المجهولة ، أو تشترط معرفتها للعافي؟ وجهان سبقا في (كتاب الصلح) ، وهما إنما سبقا في (الضمان) بلا ترجيح ، ورجح في « الأذكار » الاشتراط ؛ لأن الإنسان قد يسمح بالعفو من غير بيان غيبة دون ما إذا كانت معينة ، وكلام الحليمي يقتضي الجزم بالأول .

تنبيه :

مقتضىٰ كلامهم أن ما توقف من المعاصي علىٰ حد واستوفي لا يكفي ، بل لا بد معه من التوبة ، وبه صرح البيهقي في « شعب الإيمان » [٧٠٦٢] فقال : وقد جاءت أحاديث في أن الحدود كفارة ، وكأن هـٰذا إذا تاب ، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم للسارق حين قطعه : « تب إلى الله » ، فقال أتوب إلى الله ، ولـٰكن صرح المصنف في « شرح مسلم » و« الفتاوىٰ » : أن الاستيفاء مسقط للإثم وللطلب في الآخرة ، وقضيته عدم الاحتياج للتوبة ، والأشبه : التفصيل بين من سلم نفسه امتثالاً لأمر الله . . فيكون ذلك توبة ، أو قهراً . . فلا يبعد تنزيل الأحاديث علىٰ ذلك .

فروع :

الأول : لو قصر الشخص فيما عليه من الدين أو المظلمة ومات المستحق واستحقه وارث بعد وارث . . فمن المستحق له في الآخرة؟ إن كان صاحبه ادعاه فجحده وحلف . . فهو المستحق له بلا خلاف ، وإلا . . ففيه أوجه .

أصحها : أنه للأول .

والثاني : لآخر من مات من ورثته أو ورثة ورثته .

. . . .

والثالث ـ ذكره العبادي في « الرقم » ـ : أنه يكتب الأجر لكل وارث مدة حياته ، ثم بعده لمن بعده .

ولا خلاف أنه لو دفع الحق إلىٰ بعض الوارثين عند انتهاء الاستحقاق إليه أو أبرأه . . أنه يسقط ويتوب عن معصية المماطلة ، فإن كان من عليه الحق معسراً ونوى الغرامة إذا قدر . . قال القاضي حسين : يستغفر الله له أيضاً ، فإن مات قبل أن يقدر . . قال الرافعي : فالمرجو من فضل الله تعالى المغفرة .

قال المصنف : وظواهر السنة الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلامة إذا كان معسراً عاجزاً إن كان عاصياً بالتزامه ، فأما إذا استدان حيث تباح له الاستدانة كما لو استدان في غير معصية ولا سرف وهو يرجو الوفاء من سبب ظاهر فاستمر العجز إلى الموت ، أو أتلف شيئاً خطأ وعجز عن غرامته حتىٰ مات . . فالظاهر : أن هـٰذا لا يطالب في الآخرة ، والمرجو من فضل الله تعالىٰ أن يعوض صاحب الحق .

الثاني : من تاب عن معصية ثم ذكرها . . قال القاضي أبو بكر الباقلاني : يجب عليه تجديد التوبة منها كلما ذكرها .

وقال إمام الحرمين : لا يجب ، بل يستحب ، وعلى الأول : لو لم يجددها . . كان ذلك معصية جديدة تجب التوبة منها ، والتوبة الأولىٰ صحيحة .

الثالث : قال ابن عبد السلام : إذا مات شخص وعليه دين تعدىٰ بسببه أو بمظلمة . . أخذ من حسناته بمقدار ما ظلم به ، فإن فنيت حسناته . . طرح عليه من عقاب سيئات المظلومين ثم ألقي في النار ، وإن لم يتعد بسببه ولا بمظلمة . . أخذ من حسناته في الآخرة كما تؤخذ أمواله في الدنيا حتىٰ لا يبقىٰ له شيء ، ولا يؤخذ ثواب إيمانه كما لا تؤخذ في الدنيا ثياب بدنه ، فإن فنيت حسناته لم يطرح عليه شيء من سيئات خصمه .

تتمة :

المرتد يعود إلى الإسلام ، هل تقبل توبته بمجرد العود أو لا بد من الاستبراء كالفاسق يتوب؟ يصعب القول بعدم استبرائه مع أن معصيته أغلظ المعاصي ، ويصعب

فَصْلٌ :

لَا يُحْكَمُ بِشَاهِدٍ إِلَّا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ فِي ٱلْأَظْهَرِ ، . . . .

استبراؤه والإسلام يجب ما قبله ، والذي اقتضاه كلام الأصحاب : أن توبته تقبل بمجرد الإسلام ، وبه صرح الإمام ، قال : وليس إسلامه توبة من كفره ، وإنما توبته ندمه علىٰ كفره ، ولا يتصور أن يؤمن ولا يندم علىٰ كفره ، بل تجب مقارنة الندم على الكفر ، ولذلك انعقد الإجماع علىٰ أن الكافر إذا أسلم وتاب عن كفره . . صحت توبته وإن استدام معاصي أخر ؛ لأنه لما أسلم أتىٰ بضد الكفر ، فلم يبق بعده احتمال ، وليس كذلك إذا تاب بعد الزنا والشرب .

وقال الماوردي : إذا أسلم عاد إلىٰ حاله قبل الردة ، فإن كان مقبول الشهادة . . قبل ، وإلا . . فلا .

وفرق الروياني بين أن يسلم تقية أو لا ، فإن أسلم تقية . . فلا بد من استبرائه ، وإلا . . فلا .

وحكى القاضي شريح في المسألة ثلاثة أوجه : تقبل ، لا تقبل ، يفصل بين المرتد وغيره .

قال : (**فصل** :

لا يحكم بشاهد إلا في هلال رمضان في الأظهر) ؛ لما تقدم في (كتاب الصيام) ، وليست مكررة في الكتاب ؛ لأنها ذكرت هنا لقصد الحصر وهو زائد علىٰ ذلك .

ولا يرد علىٰ حصره القضاء بشاهد ويمين وإن قلنا : إن القضاء فيه بالشاهد علىٰ وجه ؛ فإنا لم نكتف فيه به ، بل اشترطنا معه اليمين .

وإذا حكم حاكم في هلال رمضان بشهادة واحد . . لم ينقض بالإجماع ، ووجب صومه بالاتفاق .

وقال أبو حنيفة : يثبت رمضان في الغيم بواحد ، وفي الصحو تعتبر الاستفاضة والاشتهار ، ويختلف ذلك بصغر البلد وكبره ، وقد تقدم في (الصيام) أن ثبوته بواحد بالنسبة إلى الصوم فقط .

. . . .

ومما يقبل فيه الشاهد الواحد: إذا مات ذمي فشهد عدل أنه أسلم. . لم يكف في إرثه وحرمانه ، وفي الاكتفاء به في الصلاة عليه وجهان بناء على القولين في هلال رمضان .

ومنها : الشهادة بالبلوغ ، نقل ابن الفركاح عن الماوردي أنه يكتفىٰ فيها بشاهد ، وتكون شهادة لا خبراً ، والماوردي إنما قال : شاهدا عدل بالبينة .

ومنها : المسمع[1] للقاضي كلام الخصوم ، وللخصوم كلام القاضي ، يقبل فيه كلام الواحد وهو من باب الشهادة[2] كما ذكره الرافعي قبيل (القضاء على الغائب) .

ومنها : حكى الرافعي عن « التهذيب » اعتماد قول الواحد في العيب ، ويثبت به الرد ، قال : واعتبر المتولي شهادة اثنين ولم يرجح هناك شيئاً ، لـٰكن مقتضىٰ كلام « التهذيب » أنه خبر لا شهادة ، وهو خلاف ما فهمه الرافعي عنه هنا .

ومنها : سبق عن الغزالي في (اللقطة) الميل إلى الاكتفاء بواحد في الشهادة لمدعي ملكها .

ومنها : سبق في (الأقضية) : أن للقاضي أن يكتفي بخبر العون الواحد العدل في امتناع الخصم المتعزز[3] .

وذكر المصنف في (القسامة) أن شهادة الواحد لوث ، وفي (القسمة) الاكتفاء بقاسم واحد ، وفي (زكاة النبات) الاكتفاء بخارص ، وبقيت مسائل فيها خلاف :

منها : لو نذر صوم شعبان فشهد واحد برؤيته. . فيه وجهان تقدما في أول (كتاب الصيام) .

ومنها: ثبوت هلال الحجة بواحد. . فيه وجهان حكاهما الدارمي والقاضي حسين .

---

(١) في هامش (ص) : (قد ذكر الشارح ـ رحمه الله ـ عند قول المصنف : « شرط المترجم حرية وعدالة وعدد » : أن العدد شرط في النقل عن الخصوم إلى القاضي ، أما النقل عن القاضي إلى الخصوم. . فقال الماوردي : إن المغلب عليه الخبر ، وهو مخالف لما ذكره هنا : أن الواحد كاف فيهما) .

(٢) في هامش(ز) : (يخالف ما قدَّمه ثَمَّ فانظره) .

(٣) في غير (ص) : (للتعزير) .

وَيُشْتَرَطُ لِلزِّنَا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ ، وَلِلإِقْرَارِ بِهِ ٱثْنَانِ ـ وَفِي قَوْلٍ : أَرْبَعَةٌ ـ . . . .

ومنها : هلال شوال . . قال أبو ثور : يثبت بواحد ، قال الإمام : وهو متجه .

وحكى الرافعي في (الباب الثالث) عن أبي الفرج السرخسي وجهاً : أنه يجوز اعتماد خبر الشخص الواحد إذا سكن القلب إليه .

قال : (**ويشترط للزنا أربعة رجال**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ ، وقوله تعالىٰ : ﴿ لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ .

وفي « صحيح مسلم » [١٤٩٨/١٥] عن سعد بن عبادة أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتىٰ آتي بأربعة شهداء؟ قال : « نعم » ولأنه من أغلظ الفواحش ، فغلظت فيه الشهادة ليكون أستر .

وإنما تقبل إذا قالوا : حانت منا التفاتة فرأينا ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، وكذا لو قالوا : تعمدنا النظر لإقامة الشهادة على الصحيح ، فإن قالوا : تعمدنا لغير الشهادة . . فسقوا بتعمده وردوا جزماً .

قال : (**وللإقرار به اثنان**) كغيره من الأقارير .

قال : (**وفي قول : أربعة**) ؛ لأنه تتعلق به إقامة الحد فأشبه نفس الزنا ، وهـٰذا الخلاف لا يختص بالإقرار بالزنا ، بل يجري في الأقارير بالقذف فيقبل فيه اثنان على الصحيح .

وإذا شهد بالإقرار على الزنا اثنان وقلنا : لا يثبت بذلك . . فلا حد عليهما جزماً ؛ لأنهما لم ينسباه إلى الزنا ، وكذلك الحكم في اللواط وإتيان البهيمة لا يثبت إلا بأربعة على المذهب .

ومقدمات الزنا كالقبلة والمفاخذة صرح الماوردي بأن فيها الخلاف في اللواط ، وكلام القاضي حسين يقتضي أنه لا خلاف في ثبوتها بشاهدين .

ويشترط في شهود الزنا أن يذكروه مفسراً فيقولون : رأيناه أدخل فرجه في فرجها ، وهل يشترط التشبيه بالمرود في المكحلة أو كالإصبع في الخاتم؟ فيه وجهان : أصحهما : لا .

والمراد بالذكر هنا : الحشفة أو قدرها من مقطوعها في الأصح ، وأن يعينوا المزني

وَلِمَالٍ وَعَقْدٍ مَالِيٍّ كَبَيْعٍ وَإِقَالَةٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ وَحَقٍّ مَالِيٍّ كَخِيَارٍ وَأَجَلٍ . . رَجُلاَنِ أَوْ رَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ، . . . .

بها ، وأن يذكروا مكان الزنا ، وفي ذكر زمانه وجهان .

واعتبر الروياني شرطاً رابعاً وهو تقدم لفظ الشهادة علىٰ لفظ الزنا ، فإن عكس . . لم تسمع ؛ لأنه صار متهماً في دفع حد القذف عنه .

ويستحب للشاهد أن يتوقف عن الشهادة فيه وفي الشرب ونحوهما .

قال : (**ولمال وعقد مالي كبيع وإقالة وحوالة وضمان وحق مالي كخيار وأجل . . رجلان أو رجل وامرأتان**) ؛ لعموم قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾ ، فكان علىٰ عمومه إلا ما خص بدليل ، قال أبو الطيب : وهو إجماع ، والمعنىٰ في تسهيل ذلك : كثرة جهات المداينات وعموم البلوىٰ بها .

ودخل في (الخيار) خيار المجلس والشرط ، ولا فرق في الرجل والمرأتين بين أن تتقدم شهادته عليهما أو تتأخر عنهما ، وسواء قدر علىٰ رجلين أو لم يقدر إلا علىٰ رجل وامرأتين ، والخنثىٰ كالمرأة .

ومما يثبت بذلك الوقف وإن قلنا بانتقاله لله تعالىٰ كما تقدم .

وأما الشركة والقراض . . فلا يثبتان إلا برجلين على الراجح في « الشرح » و« الروضة » .

قال في « المطلب » : ينبغي أن يقال : إن كان المدعي فيهما يروم إثبات التصرف . . فهو كالوكيل لا بد فيه من شاهدين ، وإن كان يروم إثبات حصته من الربح . . ثبت برجل وامرأتين ؛ إذ المقصود المال كما سيأتي في مسألة الصداق .

تنبيهان :

أحدهما : جعله الإقالة من أمثلة العقد إنما يأتي على الوجه الضعيف لا على الصحيح القائل : إنها فسخ ، فلو قال : وعقد مالي وفسخه . . لاستقام ، وكذا عطفه الحوالة على البيع ، وهي بيع دين بدين .

وَلِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ عُقُوبَةٍ للهِ تَعَالَىٰ أَوْ لِآدَمِيٍّ وَمَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ رِجَالٌ غَالِباً كَنِكَاحٍ وَطَلَاقٍ وَرَجْعَةٍ وَإِسْلَامٍ وَرِدَّةٍ وَجَرْحٍ وَتَعْدِيلٍ وَمَوْتٍ وَإِعْسَارٍ وَوَكَالَةٍ وَوِصَايَةٍ وَشَهَادَةٍ عَلَىٰ شَهَادَةٍ . . رَجُلَانِ ، . . . .

الثاني : مما يثبت برجل وامرأتين : الشفعة والمسابقة وحصول السبق ، وقد تصحفت اللفظة على المصنف فقال : وخيول السبق بالخاء المعجمة والياء آخر الحروف .

ومما يثبت بذلك : الصلح والمساقاة والمزارعة والرهن على الصحيح ، والعارية والهبة والوصية بالمال أو بما ينتفع به ، والصداق والجناية التي لا تقتضي إلا المال كقتل الخطأ ، وقتل الصبي والمجنون ، وقتل الحر العبد والمسلم الكافر ، والأصل فرعه ، والجائفة والهاشمة والمنقلة إذا لم يتقدمها إيضاح .

ومنها : نجوم الكتابة وإن كان النجم الأخير على الصحيح ؛ لأن الثابت بالبينة إنما هو الأداء والعتق يترتب عليه .

ومن هـٰذا النوع : الشهادة بطاعة المرأة ؛ لاستحقاقها مؤن النكاح ، واستحقاق الصيد بأزمانه ، والسلب بقتل الكافر ، والإقرار بكل ما ثبت برجل وامرأتين .

قال : (**ولغير ذلك**) أي : ما ليس بمال ولا يقصد به المال (**من عقوبة لله تعالىٰ أو لآدمي وما يطلع عليه رجال غالباً كنكاح وطلاق ورجعة وإسلام وردة وجرح وتعديل وموت وإعسار ووكالة ووصاية وشهادة علىٰ شهادة . . رجلان**) أما العقوبات . . فلما رواه مالك[1] عن الزهري أنه قال : (مضت السنة أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح والطلاق) وهـٰذا وإن كان مرسلاً . . فهو حجة علىٰ أبي حنيفة ؛ لأنه يقول بحجيته ، وقد رواه ابن حزم [المحلىٰ ٩/٣٩٧] بلفظ : (مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده . . .) وألحق به التقارير ؛ لأنها في معناه ، ومقتضىٰ هـٰذا أنه لا يثبت بعلم القاضي كما صرح به في (الأقضية) .

وأما ما يطلع عليه الرجال غالباً . . فلأن الله تعالىٰ قضىٰ في الشهادة فيما سوى

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٤/ ٢٠٧) .

. . . .

الأموال على الرجال دون النساء في ثلاثة مواضع : الطلاق والرجعة والوصية ، ونص عليه الصلاة والسلام عليها في النكاح ، وفي حديث الزهري النص علىٰ أنه لا تقبل شهادة النساء في النكاح ولا في الطلاق .

وأما الوكالة في الأموال . . فلا تثبت إلا برجلين ؛ لعموم الآية ، وقيل : تثبت بما يثبت به المال ، واختاره ابن سريج والقاضي حسين .

تنبيه :

يستثنىٰ من مسألة النكاح ما إذا ادعت أنه نكحها وطلقها وطلبت شطر الصداق ، أو أنها زوجة فلان وطلبت الإرث ، فيثبت نكاحها برجل وامرأتين ، وبشاهد ويمين ؛ لأن مقصودها المال ، قاله الرافعي في آخر (الدعاوىٰ) ، وبه أفتى الغزالي .

ويستثنىٰ من الجرح : ما لو ادعىٰ تكذيب المدعي لشهوده بالمال . . فإنه يحكم فيه بشاهد ويمين كما نقله ابن الرفعة عن « البحر » ، وعلله بأن تكذيبه لبينته يوجب سقوط حقه لا جرح الشهود .

ويستثنىٰ من الإسلام ما لو ادعاه واحد من الكفار قبل أسره وأقام شاهداً وامرأتين . . فإنه يكفيه ؛ لأن المقصود نفي الاسترقاق ، والمفاداة دون نفي القتل ، نقله الماوردي قبيل مسألة العلج[1] .

فروع :

إذا كان المدعىٰ به علىٰ إنسان مالاً وشهد به اثنان ، فإن كان عيناً وطلب المدعي الحيلولة بينها وبين المدعىٰ عليه إلىٰ أن يزكى الشاهدان . . أجيب إليه على الأصح ، وإن كان ديناً . . لم يستوف قبل التزكية على الصحيح .

---

(١) في هامش (د) : (من « هادي النبيه » : الخلع كالطلاق إن ادعته المرأة ؛ لأن غرضها اندفاع النكاح ، وبرجل وامرأتين إن ادعاه الرجل ؛ لأن غرضه المال ، وهـٰذا مما يُعايا بِه ، وإطلاق الجواب فيه خطأ ، والصواب : التفصيل ، نبه عليه ابن يونس في « تنويهه ») .

. . . .

فلو سأل المدعي الحاكم أن يحجر على المدعىٰ عليه في المال خشية أن يضيع ماله أو يحتال فيقر به لإنسان. . حكى الإمام عن الأكثرين أنه لا يجاب ، ورجحه .

وقال القاضي حسين : إن توهم القاضي ذلك فيه بأن عرفه محتالاً . . أجابه ، وإلا . . فلا .

وإن سأل المدعي أن يحبس المدعىٰ عليه حتىٰ تثبت عدالته . . حبس على الأصح إلىٰ أن يزكي شاهديه ؛ لأن الظاهر العدالة ، ولأن المدعي فعل ما عليه من إحضار البينة ، وبقي ما على الحاكم من التعديل والمرجع في مدة حبسه إلى القاضي .

وفي وجه : لا يحبس ، وصححه جماعة ؛ لأنه عقوبة والأصل براءة الذمة .

والحق أنه لم يثبت بعد ، ولا خلاف أنه لا يحبس ؛ لاستزكاء البينة في حدود الله تعالىٰ .

ولو كان المدعىٰ به نكاح امرأة . . فتجعل المرأة عند ثقة وتمنع من الخروج على الصحيح ، فإن كانت المرأة مزوجة . . قال القاضي أبو سعد : لم يمنع منها زوجها قبل التعديل ، وأقره الشيخان عليه ، واستشكله في « المهمات » بأنهما قالا في الأمة بتحتم الحيلولة احتياطاً للبضع .

وكذا لو ادعت المرأة الطلاق وأقامت شاهدين . . يفرق الحاكم بينهما قبل التزكية ، ومراعاة الاحتياط في الحرة معتبرة أكثر .

ولو أقام شاهداً واحداً وسأله أن يحبسه حتىٰ يأتي بالثاني من مكان قريب . . ففي إجابته قولان :

أظهرهما عند الجمهور : لا يحبس ؛ لأن الحق لم يثبت بعد .

والثاني : يحبس ؛ لأنه لما حبس لكمال العدد ونقص العدالة . . فليحبس لكمال العدالة ونقص العدد ، فلو كان الشاهد الثاني بعيداً يتعذر حضوره في ثلاثة أيام . . لم يحبس قطعاً .

فإن كان المدعىٰ قصاصاً أو حد قذف . . حبس المشهود عليه ؛ لأن الحق يتعلق ببدنه فيحتاط له ، قال البغوي : سواء قذف زوجته أو أجنبية .

وَمَا تَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ ٱلنِّسَاءُ أَوْ لاَ يَرَاهُ رِجَالٌ غَالِباً كَبَكَارَةٍ وَوِلاَدَةٍ وَحَيْضٍ وَرَضَاعٍ وَعُيُوبٍ تَحْتَ ٱلثِّيَابِ يَثْبُتُ بِمَا سَبَقَ وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ . . . .

والثمرة والغلة الحادثتان بعد شهادة الشاهدين وقبل التعديل للمدعي ، وبين شهادة الشاهد الأول والثاني لا تكون له ، إلا إذا أرخ الثاني ما شهد به بيوم شهادة الأول ، أو بما قبله ، حكاه القاضي عن النص .

قال : (**وما تختص بمعرفته النساء أو لا يراه رجال غالباً كبكارة وولادة وحيض ورضاع وعيوب تحت الثياب يثبت بما سبق وبأربع نسوة**) أما النسوة المنفردات . . فلما تقدم عن الزهري ، والمعنىٰ فيه : الحاجة ؛ لتعذر إثباتها بالرجال غالباً .

وحكى الشافعي في « أحكام القرآن » الإجماع في الولادة وعيوب النساء .

وأما اعتبار الأربع . . فلأن ما ليس بمال لا يثبت إلا برجلين ، والله قد أقام الرجل مقام امرأتين ، وفي « صحيح مسلم »[٨٠] : « شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل » .

وعن الإصطخري : أن الرضاع وعيوب النساء الباطنة لا تثبت إلا بالنساء المتمحضات ، حكاه الإمام في (كتاب الرضاع) .

قال الماوردي في (كتاب اللعان) : ويشترط في شهادة الرجال بالولادة أن يذكروا مشاهدة ذلك من غير تعمد نظر[١] .

ونبه بـ(البكارة) علىٰ مقابلها وهي الثيوبة كقوله تعالىٰ : ﴿سَرَٰبِيلَ تَقِيكُمُ ٱلْحَرَّ﴾ .

تنبيهات :

أحدها : كلامه صحيح في أن الحيض مما تمكن الشهادة عليه ، وهو الصحيح كما صرح به في « الروضة » هٰهنا ، بخلاف ما ذكره فيها وفي « أصلها » في (كتاب الطلاق) ؛ لأن الدم وإن شوهد لا يعلم أنه حيض لاحتمال أنه استحاضة ، وصرح بمثله في (الديات) عند الكلام علىٰ دية الشم ، ويمكن حمل كلامه علىٰ عسر البينة

---

(١) في غير (ز) : (بعد نظر) .

. . . .

لا علىٰ تعذرها بالكلية ، لـٰكن مسألة الرضاع مكررة ؛ فإنها تقدمت في بابها ، ثم إن الرافعي قيده هناك عن المتولي بما إذا كان من الثدي ، فإن كان من إناء حلب فيه . . لم تقبل شهادتهن ، لـٰكن تقبل علىٰ أن هـٰذا اللبن من هـٰذه المرأة ، وهـٰذا قد يخرج من قول المصنف : (أو لا يراه رجال) .

واحترز بـ(العيوب تحت الثياب) عن العيوب الظاهرة في الوجه والكفين ، فلا تقبل شهادتهن بها ؛ لأن العلة في قبولها مفقودة في ذلك ، وقد صرح به الماوردي فقال : إنه لا تقبل في ذلك إلا شهادة الرجال إجماعاً ، ولم يفصل بين الحرة والأمة .

وعبارة المصنف أشمل من قول « المحرر » و« الروضة » : تحت الإزار ، فبين العبارتين كثير تفاوت .

والجراحة علىٰ فرج المرأة لا تلحق بالعيب ؛ لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالباً ، قاله البغوي ، وصوب المصنف أنها ملحقة بالعيوب تحت الثياب .

والذي قاله البغوي نقله ابن الرفعة عن القاضي حسين والبندنيجي ، قال : وقد أشار إليه الأصحاب ، بل ادعى القاضي أبو الطيب الإجماع عليه .

الثاني : ما قبل فيه شهادة النسوة على فعله لا يقبل على الإقرار به ، وهو مفهوم من عبارة المصنف هنا ؛ فإنه مما يسمعه الرجال غالباً كسائر الأقارير .

الثالث : قوله : (بما سبق وبأربع نسوة) يقتضي أنه لا يثبت بشاهد ويمين ، وبه صرح الماوردي في (الرضاع)[1] ، قال الرافعي : وهو الموافق لإطلاق عامة الأصحاب .

ولو اقتصر علىٰ قوله : (وبأربع) . . لعلم اختصاصه بالنسوة ؛ لأن التاء لا تحذف إلا من المؤنث .

الرابع : حيث قبلنا الشهادة بالعيوب يشترط في الشاهدين العلم بالطب كما حكاه الرافعي في (الوصية) عن « التهذيب » .

---

(١) في هامش (ز) : (تأمل هـٰذا مع قول الماتن مما سيأتي : « وما يثبت . . . » إلخ إلا أن يقال : قول الماوردي في الرضاع ؛ أي : مسألة الرضاع) .

وَمَا لاَ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ لاَ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ ، وَمَا يَثْبُتُ بِهِمْ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ ....

قال : (**وما لا يثبت برجل وامرأتين لا يثبت برجل ويمين**) لأن الرجل والمرأتين أقوىٰ وما لا يثبت بالأقوىٰ لا يثبت بما دونه .

قال : (**وما يثبت بهم**) أي : برجل وامرأتين (**يثبت برجل ويمين**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٧١٢] وغيره عن ابن عباس : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ بشاهد ويمين) قال عمرو بن دينار الراوي عن ابن عباس : وذلك في الأموال ، رواه الشافعي [١/١٤٩] عقب روايته الحديث ، ورواه أحمد [٣/٣٠٥] وأبو داوود [٣٦٠٥] والترمذي [١٣٤٣] وابن ماجه [٢٣٦٨] والحاكم [٣/٥١٧] عن جابر وأبي هريرة ، ورواه البيهقي في « الخلافيات » مرفوعاً عن نيف وعشرين صحابياً منهم : علي وابن عباس وأبو هريرة وجابر وعبد الله بن عمرو بن العاصي وأبي بن كعب وزيد بن ثابت وسعد بن عبادة ، وبهـٰذا يندفع قول بعض الحنفية : إنه خبر واحد لا ينسخ القرآن .

وقال ابن الصلاح : الذي عليه جمهور الفقهاء والمحدثين والمتكلمين : أن حديث الشاهد واليمين لا يضره أنه من رواية ربيعة الرأي عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة .

قال عبد العزيز الدراوردي : ولقيت سهيلاً فسألته عنه فلم يعرفه ، ولهـٰذا كان سهيل بعد ذلك يقول : حدثني ربيعة عني ويسوق الحديث ، فقد روىٰ كثير من الأكابر أحاديث نسوها بعدما حدثوا بها عمن سمعها منهم ، وكان أحدهم يقول : حدثني فلان عني بكذا وكذا ، ولأجل أن الإنسان معرض للنسيان كره من كره من العلماء الرواية عن الأحياء ، منهم الشافعي ، وقال لابن عبد الحكم : إياك والرواية عن الأحياء .

وروى الدارقطني عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « استشرت جبريل عليه السلام في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار بذلك في الأموال » وبه قال جمهور العلماء ، منهم الخلفاء الراشدون الأربعة رضي الله عنهم ، وإليه ذهب مالك وأحمد ، وخالف أبو حنيفة .

ولا فرق في ذلك بين أن يتمكن من البينة الكاملة وهي رجلان أو رجل وامرأتان أو لا .

إِلاَّ عُيُوبَ ٱلنِّسَاءِ وَنَحْوَهَا ، وَلاَ يَثْبُتُ شَيْءٌ بِٱمْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ . وَإِنَّمَا يَحْلِفُ ٱلْمُدَّعِي بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَتَعْدِيلِهِ ، وَيَذْكُرُ فِي حَلِفِهِ صِدْقَ ٱلشَّاهِدِ ، . . . . . .

وفي وجه : إن تمكن من البينة . . امتنع الحكم بالشاهد واليمين .

وظاهر عبارة المصنف : أن القضاء بالشاهد واليمين معاً ، وهو الصحيح .

وقيل : باليمين فقط والشاهد يعضد جانب الحالف ، وقيل : بالشاهد .

وأثر الخلاف يظهر في الغرم عند الرجوع ، فعلى الأصح : عليه نصف الغرم ، وعلى الثالث : جميعه ، وعلى الثاني : لا شيء .

فرع :

ادعىٰ ملكاً تضمن وقفية بأن قال : هـٰذه الدار كانت لأبي وقفها علي وأنت غاصب ، وأقام شاهداً وحلف معه . . حكم له بالملك ، ثم يصير وقفاً بإقراره وإن قلنا في دعوى الوقف : لا يقبل شاهد ويمين ، قاله في « البحر » .

قال : (**إلا عيوب النساء ونحوها**) من الرضاع وغيره ، فإنها لا تثبت بشاهد ويمين ؛ لأنها أمور خطرة ، بخلاف الأموال .

وينبغي تقييد إطلاق المصنف وغيره بالحرة ، أما الأمة . . فتثبت بذلك قطعاً ؛ لأنه مال ، وبذلك جزم الماوردي في الرهن المشروط في البيع .

قال : (**ولا يثبت شيء بأمرأتين ويمين**) ، هـٰذا في الأموال قطعاً ، وكذا فيما تقبل فيه النسوة المنفردات في الأصح .

قال : (**وإنما يحلف المدعي بعد شهادة شاهده وتعديله**) ؛ لأن جانبه إنما يتقوىٰ حينئذ ، وإنما يحلف من يقوىٰ جانبه .

وجوز ابن أبي هريرة تقديم اليمين علىٰ شهادة شاهده ، كما يجوز تقديم شهادة المرأتين على الرجل .

قال : (**ويذكر**) أي : وجوباً (**في حلفه صدق الشاهد**) فيقول : والله إن شاهدي لصادق ؛ لأن اليمين والشهادة حجتان مختلفتا الجنس ، فاعتبر ارتباط إحداهما بالأخرىٰ ؛ لتصيرا كالنوع الواحد .

فَإِنْ تَرَكَ ٱلْحَلِفَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ . . فَلَهُ ذَٰلِكَ ، وَإِنْ نَكَلَ . . فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ يَمِينَ ٱلرَّدِّ فِي ٱلْأَظْهَرِ . . . .

والأحسن أن يقول : إن شاهدي لصادق فيما شهد به .

وفي وجه : لا يجب أن يذكر صدق الشاهد ؛ لأن اليمين بمنزلة شاهد آخر ، ولا يلزم الشاهد أن يشهد بصدق الآخر .

وأفاد تعبير المصنف بـ(الواو) دون (ثم) أنه لا ترتيب بين الحلف علىٰ إثبات الحق وصدق الشاهد ، وحكى الإمام فيه الاتفاق .

قال : (**فإن ترك الحلف**) أي : مع شاهد (**وطلب يمين خصمه . . فله ذلك**) ؛ لأنه قد يكون له غرض في التورع عن اليمين ، فإن حلف . . سقطت الدعوىٰ .

قال ابن الصباغ : وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده ؛ لأن اليمين قد انتقلت من جانبه إلىٰ جانب خصمه ، إلا أن يعود في مجلس آخر فيستأنف الدعوىٰ ويقيم الشاهد . . فحينئذٍ يحلف معه ، كذا قاله الرافعي في آخر الباب ، والظاهر أن هـٰذه طريقة العراقيين .

وكلام الرافعي يفهم أن الدعوىٰ لا تسمع منه في مجلس آخر .

قال : (**وإن نكل**) أي : المدعىٰ عليه (. . **فله**) أي : فللمدعي (**أن يحلف يمين الرّدّ في الأظهر**) كما أن له ذلك في الأصل ؛ لأنها غير التي امتنع عنها ، لأن تلك لقوة جهته بالشاهد ، وهـٰذه لقوة جهته بنكول المدعىٰ عليه ، ولأن تلك لا يقضىٰ بها إلا في المال ، وهـٰذه يقضىٰ بها في جميع الحقوق .

والثاني : لا ؛ لأنه يمكنه الحلف مع الشاهد .

ويجري القولان فيما لو ادعىٰ مالاً ونكل المدعىٰ عليه ولم يحلف المدعي يمين الرد . . فالمنقول : أنه يحبس المدعىٰ عليه حتىٰ يحلف أو يقر ؛ لأن يمينه حق للمدعي فلا يتمكن من إسقاطه .

فرع :

ادعىٰ عليه أنه غصب مالاً فقال : إن كنت غصبته منه فامرأتي طالق ، فأقام المدعي على الغصب شاهداً وحلف معه أو رجلاً وامرأتين . . ثبت الغصب ، وترتب عليه

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ أَمَةٌ وَوَلَدُهَا فَقَالَ رَجُلٌ : هَـٰذِهِ مُسْتَوْلَدَتِي عَلِقَتْ بِهَـٰذَا فِي مِلْكِي وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ . . ثَبَتَ ٱلِاسْتِيلَادُ ، لاَ نَسَبُ ٱلْوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ غُلَامٌ فَقَالَ رَجُلٌ : كَانَ لِي وَأَعْتَقْتُهُ وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ . . فَٱلْمَذْهَبُ : ٱنْتِزَاعُهُ وَمَصِيرُهُ حُرّاً . . . .

الضمان ، ولا يقع الطلاق كما لو قال : إن ولدت فأنت طالق ، فأقامت أربع نسوة على الولادة . . ثبتت الولادة والنسب ولا تطلق .

فإن كان الغصب قد قضىٰ فيه القاضي برجل وامرأتين ، فقال المدعىٰ عليه : إن كنت غصبته فزوجتي طالق . . فقال ابن سريج ـ ووافقه الأصحاب ـ : يقع الطلاق ؛ صوناً للحكم عن النقض ، وقال الجويني : لا يقع .

قال : (**ولو كان بيده أمة وولدها فقال رجل : هـٰذه مستولدتي علقت بهـٰذا في ملكي وحلف مع شاهد . . ثبت الاستيلاد**) ؛ لأن المستولدة ومنافعها ملك السيد ، فهي كسائر الأموال الثابتة بالحجة الناقصة ، فتسلم إليه وتعتق بموته بإقراره لا بالشاهد واليمين ، وفيه وجه : أنه بهما .

قال : (**لا نسب الولد وحريته في الأظهر**) ؛ لأنهما لا يثبتان بهـٰذه الحجة فيبقى الولد في يد صاحب اليد .

والثاني : يثبتان تبعاً لها ، فينزع الولد ويكون حراً نسيباً بإقرار المدعي .

ولم يصرح في « المحرر » بالنسب وإنما قال : وهل يحكم له بالولد وينزع من يد المدعىٰ عليه؟ قولان : أشبههما : المنع .

قال : (**ولو كان بيده غلام فقال رجل : كان لي وأعتقته وحلف مع شاهد . . فالمذهب : انتزاعه ومصيره حراً**) أي : بإقراره ، وأن يضمن استحقاق الولاء ؛ لأنه تابع ، وهـٰذا ما نص عليه ، واحتج به المزني لمقابل الأظهر فيما سبق ، ومن الأصحاب من خرج هنا قولاً من المسألة قبلها ؛ لأنها شهادة تملك فتقدم .

ومنهم من قطع بالنص ، وفرق بأن المدعي هنا يدعي ملكاً ، وحجته تصلح لإثباته ، والعتق يترتب عليه بإقراره ، وفي صورة الاستيلاد إنما قدمت الحجة علىٰ ملك الأم ، لا جرم أثبتناه ورتبنا عليه العتق إذا جاء وقته بإقراره ، وأما الولد . . فقضية

وَلَوِ ٱدَّعَتْ وَرَثَةٌ مَالاً لِمُوَرِّثِهِمْ وَأَقَامُوا شَاهِداً وَحَلَفَ مَعَهُ بَعْضُهُمْ . . أَخَذَ نَصِيبَهُ وَلاَ يُشَارِكُهُ فِيهِ . وَيَبْطُلُ حَقُّ مَنْ لَمْ يَحْلِفْ بِنُكُولِهِ إِنْ حَضَرَ وَهُوَ كَامِلٌ ، فَإِنْ كَانَ غَائِباً أَوْ صَبِيّاً أَوْ مَجْنُوناً . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَقْبِضُ نَصِيبَهُ ، فَإِذَا زَالَ عُذْرُهُ . . حَلَفَ وَأَخَذَ بِغَيْرِ إِعَادَةِ شَهَادَةٍ . . . .

الدعوىٰ في الحجة كونه حر الأصل نسيباً، والحرية والنسب لا يثبتان بهـٰذه الحجة فافترقا .

قال : (**ولو ادعت ورثة مالاً لمورثهم وأقاموا شاهداً**) أي : بالمال (**وحلف معه بعضهم . . أخذ نصيبه ولا يشاركه فيه**) أي : من لم يحلف ، كذا نص عليه .

ونص في (كتاب الصلح) أنهما لو ادعيا داراً إرثاً وصدق المدعىٰ عليه أحدهما في نصيب . . يشاركه المكذب ، فخرج بعضهم من الصلح هنا قولاً : إن ما أخذه الحالف يشاركه فيه من لم يحلف ؛ لأن الإرث ثبت على الشيوع .

وقطع الجماهير بأنه لا شركة هنا كما نص عليه ، وفرقوا بأن الثبوت هنا بشاهد ويمين ، فلو أثبتنا الشركة . . لملكنا الناكل بيمين غيره ، وهناك ثبت بإقرار المدعي ، ثم رتب عليه إقرار المصدق بأنه إرث ، وعلى المنصوص : تقضىٰ من نصيب الحالف حصته من الدين لا جميعه .

قال : (**ويبطل حق من لم يحلف بنكوله إن حضر وهو كامل**) ، حتىٰ لو مات . . لم يكن لوارثه أن يحلف ، كذا ذكره الإمام والغزالي ، وبه جزم القاضيان الحسين والماوردي .

قال : (**فإن كان غائباً أو صبياً أو مجنوناً . . فالمذهب : أنه لا يقبض نصيبه**) ، نص الشافعي في المجنون أنه يوقف نصيبه ، قال الجمهور : مراده أنا نمتنع من الحكم في نصيبه ، ونتوقف حتىٰ يفيق فيحلف أو ينكل ، ولا يؤخذ نصيبه .

وقيل : مراده أنه يؤخذ نصيبه ويوقف ، والصبي والغائب كالمجنون .

وتعبيره بـ(المذهب) مخالف لتعبيره في « الروضة » بـ(الصحيح) .

قال : (**فإذا زال عذره**) بأن حضر الغائب وبلغ الصبي وأفاق المجنون (**. . حلف وأخذ بغير إعادة شهادة**) ؛ لأن الشهادة تثبت في حق البعض ، فتثبت في حق الجميع وإن لم تصدر الدعوىٰ منهم .

. . . .

وهـٰذا بخلاف ما إذا أوصىٰ لشخصين فحلف أحدهما مع شاهد والثاني غائب ، فإذا عاد . . فلا بد من إعادة الشهادة ؛ لأن ملكه منفصل ، بخلاف حقوق الورثة ؛ فإنها إنما تثبت أولاً لحق شخص واحد وهو الميت .

وما جزم به من عدم الإعادة محله إذا لم يتغير حال الشاهد بما يقتضي رد شهادته ، فإن تغير . . فوجهان في « الشرح » و« الروضة » من غير ترجيح .

والأقوىٰ : منع الحلف ؛ لاتصال الحكم في حق الحالف فقط ، ولهـٰذا لو رجع الشاهد . . لم يكن له أن يحلف .

وينبغي أن يكون هـٰذا فيما إذا ادعى الأول بجميع الحق ، فإن ادعىٰ بقدر حصته . . فلا بد من الإعادة جزماً .

فرعان :

أحدهما : أقام بعضهم شاهدين ، فثبت المدعىٰ كله ، فإذا حضر الغائب وكمل غير المكلف . . أخذ نصيبه بلا دعوىٰ ولا بينة .

ويقبض القاضي نصيب الصبي والمجنون عيناً كان أو ديناً .

وأما نصيب الغائب ، فإن كان عيناً . . قبضها حتماً ، وإن كان ديناً . . ففي وجوب قبضه وجهان جاريان فيمن أقر لغيره بدين وحمله إلى القاضي ، والأصح فيهما : عدم الوجوب .

الثاني : قال السرخسي : من حلف علىٰ دين أو عين للميت . . يحلف على الجميع لا علىٰ حصته فقط ، سواء حلف كلهم أو بعضهم ، وكذا الغريم والموصىٰ له إذا قلنا : يحلفان ، قال الرافعي : وفي كلام غيره ما يشعر بخلافه .

والمراد : إذا امتنع جميع الورثة عن الحلف وعلى الميت دين . . فهل للغريم أن يحلف؟ فيه قولان : الجديد : المنع ، وأجريا فيما لو كان قد أوصىٰ لإنسان بشيء ولم يحلف الورثة هل يحلف الموصىٰ له؟

فإن كانت الوصية بعين وادعاها في يد أجنبي . . فلا ينبغي أن يكون موضع خلاف ، ويقطع بالجواز .

وَلاَ تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَىٰ فِعْلٍ كَزِناً وَغَصْبٍ وَإِتْلاَفٍ وَوِلاَدَةٍ إِلاَّ بِالإِبْصَارِ ، وَتُقْبَلُ مِنْ أَصَمَّ ، وَالأَقْوَالُ كَعَقْدٍ يُشْتَرَطُ سَمْعُهَا وَإِبْصَارُ قَائِلِهَا ، . . . .

قال : (**ولا تجوز شهادة علىٰ فعل كزناً وغصب وإتلاف وولادة إلا بالإبصار**) أي : لها ولفاعلها ؛ لأنه يصل به إلى العلم من أقصىٰ جهاته ، ولا يكفي فيها السماع ؛ لأن الأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾ ، وقال : ﴿ إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ .

وتقدم في أول الباب حديث : « علىٰ مثل هـٰذا فاشهد أو دع » إلا أن في الحقوق ما اكتفي فيه بالظن المؤكد ؛ لتعذر اليقين فيه وتدعو الحاجة إلىٰ إثباته كالملك ، فإنه لا سبيل إلىٰ معرفته يقيناً ، وكذلك العدالة والإعسار .

وقسم الشافعي والأصحاب المشهود به ثلاثة أقسام : ما يتوقف على البصر خاصة ، وما يتوقف على السمع دون البصر ، وما يتوقف عليهما معاً ، وهو لا ينحصر في ذلك ؛ فإن الشهادة تجوز بما علم بباقي الحواس الخمس .

فأما الذي يكفي فيه البصر دون السمع . . فالأفعال كالزنا والشرب والقتل والغصب والإتلاف والولادة والرضاع والاصطياد ، فتشترط فيه الرؤية لها ولفاعلها ؛ لأنها مشتقة من المشاهدة التي هي أقوى الحواس إدراكاً ، فلم يجز أن يشهد إلا بأقوىٰ أسباب العلم إدراكاً ، ويجوز تعمد النظر إلىٰ ما تحت الثياب للتحمل علىٰ ظاهر النص ؛ لأن الزانيين هتكا حرمة أنفسهما .

وقيل : عكسه ؛ لأن الزنا مندوب إلىٰ ستره ، وحقوق الله تعالىٰ مبنية على المساهلة .

ولو وقعت في يد امرأة أكلة . . جاز للرجل أن يراها ويداويها .

و لا خلاف أنه يتعمد النظر إلى الوجه عند تحمل الشهادة لها وعليها ، وكذا عند الأداء إن كان لا يعرفها ؛ ليضبط حلاها ، إلا أن يخاف الفتنة فلا ينظر ، ويكف نفسه عن الشهادة إلا أن تكون متعينة فينظر ويضبط نفسه .

قال : (**وتقبل من أصم**) ؛ لحصول العلم له بالمشاهدة .

قال : (**والأقوال كعقد يشترط سمعها وإبصار قائلها**) فلا بد من مشاهدة المقر أو

وَلاَ يُقْبَلُ أَعْمَىً إِلاَّ أَنْ يُقِرَّ فِي أُذُنِهِ فَيَتَعَلَّقَ بِهِ حَتَّىٰ يَشْهَدَ عِنْدَ قَاضٍ بِهِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَلَوْ حَمَلَهَا بَصِيرٌ ثُمَّ عَمِيَ . . شَهِدَ إِنْ كَانَ ٱلْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ مَعْرُوفَيِ ٱلِاسْمِ وَٱلنَّسَبِ . . . .

العاقد حال تلفظه ببصره أو سماعه ما يتلفظ به ، حتىٰ لو نطق به من وراء حجاب وهو يتحققه . . لم يكف ؛ لأن ما أمكن إدراكه بعلم الحواس لايجوز أن يعمل فيه بالظن ؛ لجواز اشتباه الأصوات ، وقد يحاكي الإنسان صوت غيره فيشتبه به .

قال الماوردي : ولو حال بينهما ثوب خفيف يشف . . ففي جواز الشهادة وجهان ، ومقتضىٰ ما صححه الرافعي في نقاب المرأة الجواز .

ويوجد في بعض النسخ هـٰهنا : (كعقد وإقرار وطلاق) ، وليس ذلك في أصل المصنف ، لـٰكن فيه كشط ، وفي « المحرر » : كالنكاح والبيع وسائر العقود .

قال : (**ولا يقبل أعمى**) ؛ لانسداد طريق المعرفة عليه مع اشتباه الأصوات .

وقال مالك وأحمد : إذا عرف صوت شخص وتحققه . . جاز له الشهادة عليه ، كما يجوز له أن يطأ زوجته اعتماداً علىٰ حسها .

والجواب : أن وطء الزوجة أخف ؛ فإنه أبيح اعتماداً على اللمس ، أو بقول امرأة واحدة إذا زفتها إليه ، ولا تجوز الشهادة بمثل ذلك ؛ لأنها في حكم الولاية .

والوجه المتقدم في قضاء الأعمىٰ جاز هنا .

قال : (**إلا أن يقر في أذنه فيتعلق به حتىٰ يشهد عند قاض به على الصحيح**) ؛ لحصول العلم بأنه المشهود عليه ، فإن كان بمال . . فلا بد أن يكون المشهود له معروف الاسم والنسب .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : لا يقبل ؛ لجواز أن يكون المقر غيره ، وحسماً للباب .

وقوله : (على الصحيح) يصح عوده إلى المستثنىٰ علىٰ حدته ، وإلى المستثنىٰ منه علىٰ حدته ، ففي كل وجهان ، ويصح عوده إليهما جميعاً ، وهو الأولىٰ .

قال : (**ولو حملها بصير ثم عمي . . شهد إن كان المشهود له وعليه معروفي الاسم والنسب**) ؛ لحصول العلم .

وَمَنْ سَمِعَ قَوْلَ شَخْصٍ أَوْ رَأَىٰ فِعْلَهُ : فَإِنْ عَرَفَ عَيْنَهُ وَٱسْمَهُ وَنَسَبَهُ . . شَهِدَ عَلَيْهِ فِي حُضُورِهِ إِشَارَةً ، وَعِنْدَ غَيْبَتِهِ وَمَوْتِهِ بِٱسْمِهِ وَنَسَبِهِ ، فَإِنْ جَهِلَهُمَا . . لَمْ يَشْهَدْ عِنْدَ مَوْتِهِ وَغَيْبَتِهِ . . . .

وكذا لو عمي ويد المقر في يده فشهد عليه .

وتقبل شهادته فيما شهد فيه بالاستفاضة كالموت والنسب والملك على الأصح ، بشرط أن لا يحتاج إلىٰ تعيين وإشارة بأن يكون الرجل مشهوراً باسمه وصفته .

والثاني : لا تقبل ، وقال الروياني : فإنه يصح عند عامة الأصحاب ، وعليه يدل النص ، وقال القاضي أبو الطيب : مراد الأصحاب بقبولها إذا سمع ذلك مراراً وتكرر من قوم مختلفين في أزمان مختلفة ، حتىٰ صار بحيث لا شك فيه كالتواتر عنده .

ولا تجوز له الشهادة إلا علىٰ هـٰذا الوجه ، وهو إشارة إلىٰ أن الاستفاضة في حق الأعمىٰ لا تحصل إلا بذلك وإن كانت تحصل في حق البصير بعدلين ، والأصح : أنه تقبل أيضاً في الترجمة كما تقدم في (كتاب القاضي) .

وأما رواية ما تحمله قبل العمىٰ . . فتصح قطعاً ، وفي الذي سمعه في زمن عماه وجهان :

أصحهما عند الإمام والغزالي في كتبه الفقهية : لا تقبل .

وأصحهما عند الجمهور : القبول .

قال : (**ومن سمع قول شخص أو رأىٰ فعله : فإن عرف عينه واسمه ونسبه . . شهد عليه في حضوره إشارة ، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه**) ؛ لحصول التمييز بذلك .

قال : (**فإن جهلهما**) أي : اسمه ونسبه (. . **لم يشهد عند موته وغيبته**) ؛ لعدم العلم ، بخلاف ما إذا كان حاضراً . . فإنه يشهد علىٰ عينه بالإشارة .

فإن مات . . أحضر ليشهد علىٰ عينه ، فإن دفن . . فقد تعذرت الشهادة عليه .

وعبارته تفهم أنه لو جهل أحدهما وعرف الآخر . . شهد ، والمعروف أن ذلك لا يجوز ، وكما لا يؤدي لا يتحمل .

قال ابن أبي الدم : وأما شهادة الشاهد علىٰ من لا يعرفه اعتماداً علىٰ حليته وصفته

وَلاَ يَصِحُّ تَحَمُّلُ شَهَادَةٍ عَلَىٰ مُتَنَقِّبَةٍ ٱعْتِمَاداً عَلَىٰ صَوْتِهَا ، فَإِنْ عَرَفَهَا بِعَيْنِهَا أَوْ بِٱسْمٍ وَنَسَبٍ . . جَازَ ، . . . .

كما يفعله كثير من جهلة الشهود ، حتىٰ إنهم يؤدونها على المشهود عليه في غيبته أو موته . . فهـٰذا لا يجوز قولاً واحداً ، ولا أعرف فيه خلافاً .

نعم ؛ يستثنىٰ من إطلاقه ما إذا جهلها ثم سمع الناس من بعد يقولون : إنه فلان بن فلان ، واستفاض عنده ذلك . . فله أن يشهد في غيبته على اسمه ونسبه كما لو عرفها عند التحمل ، حكاه الرافعي عن الأصحاب .

وقد يدخل هـٰذا في قوله أولاً : (عرفهما) وتعتمد في النسب معرفته أو الاستفاضة .

وليس له اعتماد قول المشهود عليه : إنه فلان بن فلان كما يفعله شهود الزمان ، بل يكتب حضر من ذكر أن اسمه فلان واسم أبيه فلان .

وقد سئل القفال : هل يجوز أن يكتب فلان بن فلان وإن حلاه؟ فقال : لا يجوز ؛ لأنه كذب ، بل يكتب : جاءني رجل حليته كذا ، وذكر أنه فلان بن فلان .

قال : ولو أخبره ألف رجل أنه فلان بن فلان . . لا يجوز أن يشهد بذلك إلا أن يسمعه من الناس بحيث يستفيض عنده .

قال : (**ولا يصح تحمل شهادة علىٰ متنقبة اعتماداً علىٰ صوتها**) ، كما لا يتحمل الأعمىٰ والبصير في الظلمة اعتماداً عليه ؛ لأن الأصوات تتشابه .

وعلم منه الامتناع فيما إذا لم يسمع صوتها ولم يرها من باب أولىٰ ، لـٰكن تستثنىٰ من إطلاقه مسألتان :

إحداهما : إذا كان النقاب رقيقاً فيجوز التحمل على الأصح كما تقدم ؛ لأنه لا يمنع المشاهدة .

والثانية : إذا تحقق صوتها من وراء النقاب الكثيف ولا زمها حتى ادعىٰ علىٰ عينها . . فإنه يصح التحمل كنظيره من الأعمىٰ .

وقد أشار إليه الرافعي بحثاً ، قال في « المطلب » : ولا إشكال فيه .

قال : (**فإن عرفها بعينها أو باسم ونسب . . جاز**) أي : التحمل ، ولا يضر النقاب ، بل لا يجوز كشف الوجه حينئذ كما قاله صاحب « الحاوي » و« العدة » وغيرهما .

وَيَشْهَدُ عِنْدَ ٱلْأَدَاءِ بِمَا يَعْلَمُ ، وَلاَ يَجُوزُ ٱلتَّحَمُّلُ عَلَيْهَا بِتَعْرِيفِ عَدْلٍ أَوْ عَدْلَيْنِ عَلَى ٱلْأَشْهَرِ ، وَٱلْعَمَلُ عَلَىٰ خِلاَفِهِ . وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَىٰ عَيْنِهِ بِحَقٍّ فَطَلَبَ ٱلْمُدَّعِي ٱلتَّسْجِيلَ . . سَجَّلَ ٱلْقَاضِي بِٱلْحِلْيَةِ لاَ بِٱلِاسْمِ وَٱلنَّسَبِ مَا لَمْ يَثْبُتَا ، . . . .

[قال] : (**ويشهد عند الأداء بما يعلم**) ، فإذا لم يعرف شيئاً منها . . فلتكشف وجهها ليراها ويضبط حليتها ، وتكشفه أيضاً عند الأداء .

ويجوز استيعاب وجهها بالنظر للشهادة عند الجمهور .

وقال الماوردي : الصحيح : أنه ينظر إلىٰ ما يعرفها به ، فإن عرفها بالنظر إلىٰ بعضه . . لم يتجاوزه ، ولا يزيد علىٰ مرة إلا أن يحتاج إلى التكرر .

قال : (**ولا يجوز التحمل عليها بتعريف عدل أو عدلين على الأشهر**) وهو الذي أورده الأكثرون بناء على المذهب في أن التسامع لا بد فيه من جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب .

قال : (**والعمل علىٰ خلافه**) فيجوز التحمل عليها بذلك سلوكاً به مسلك الأخبار .

وقال الشيخ أبو حامد : إذا سمع من عدلين أنها فلانة بنت فلان . . جاز التحمل ، ويشهد على اسمها ونسبها عند الغيبة .

وقال الشيخ عز الدين في « الفتاوى الموصلية » : إنه المختار ؛ لمسيس الحاجة .

وتوسع الإصطخري فقال : له اعتماد ولدها الصغير إذا قال له وهي في نسوة : من أمك؟ فأشار إليها ، وادعى ابن كج أنه أشد وقعاً في القلب وأثبت ، فلو أقرت متنقبة فأمسكها الشاهد وأتىٰ بها إلى الحاكم فقال : هـٰذه أقرت بكذا . . ففيه ما تقدم في شهادة الأعمىٰ علىٰ مثل ذلك .

قال : (**ولو قامت بينة علىٰ عينه بحق فطلب المدعي التسجيل . . سجل القاضي بالحلية لا بالاسم والنسب ما لم يثبتا**) ؛ لتعذر التسجيل على العين ، فيكتب : حضر رجل ذكر أنه فلان ، بن فلان ومن حليته كيت وكيت .

ولا يكفي في الاسم والنسب قول المدعي ، ولا إقرار المدعىٰ عليه ؛ فإن نسبه لا يثبت بإقراره ، فلو قامت بينة بنسبه علىٰ وجه الحسبة . . أثبته على الأصح .

وَلَهُ ٱلشَّهَادَةُ بِٱلتَّسَامُعِ عَلَىٰ نَسَبٍ مِنْ أَبٍ أَوْ قَبِيلَةٍ ، وَكَذَا أُمٌّ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . . .

ولم يتعرض المصنف لكيفية التحلية ، وهي ذكر ما دل على المحلىٰ من أوصافه الظاهرة كالطول والقصر ، والبياض والسواد والسمرة والهزال ، والكلام كاللثغة والفأفأة والتمتمة والسرعة ، وعجلة اللسان وثقله .

وما في العين من الكحل والشهلة .

وما في الشعر من جعودة وسبوطة وبياض وسواد .

وبما في الفم من الأسنان دون الأضراس .

ويجوز بالجراح والشجاج والآثار اللازمة ، ولا يجوز باللباس ونحوه .

قال : (**وله الشهادة بالتسامع علىٰ نسب**) بالإجماع ؛ لأن نسبه لايدرك بالبصر ، وغاية الممكن رؤية الولادة على الفراش ، فاكتفي فيه بالاستفاضة للحاجة ، ويجوز ذلك وإن لم يعرف عين المنسوب إليه ، حكاه في « الكفاية » عن « الإشراف » .

كل هـٰذا إن لم تكن ريبة ، فإن كانت بأن كان المنسوب إليه حياً فأنكر . . لم تجز الشهادة ، فإن كان مجنوناً . . جازت على الصحيح ، فإن طعن بعض الناس في ذلك النسب . . امتنعت الشهادة على الأصح .

والفرق بين الخبر المستفيض والمتواتر قد يلتبس ، وبسببه اعترض على ابن الرفعة هنا .

فالمتواتر : الخبر الذي بلغت رواته مبلغاً أحالت العادة تواطؤهم على الكذب ، والمستفيض : الذي لا ينتهي إلى ذلك ، بل أفاد الأمن من التواطؤ على الكذب ، والأمن معناه : الوثوق ، وذلك بالظن المؤكد .

قال : (**من أب أو قبيلة**) هـٰذا من تفصيل « المنهاج » وهو حسن ، والذي في « المحرر » إطلاق النسب .

قال : (**وكذا أم في الأصح**) كالأب .

والثاني : لا ؛ لإمكان رؤية الولادة .

وأطلق الأكثرون الوجهين بلا ترجيح حتىٰ في « الشرحين » و« الروضة » ، وقضية

وَمَوْتٌ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، لاَ عِتْقٌ وَوَلاَءٌ وَوَقْفٌ وَنِكَاحٌ وَمِلْكٌ فِي ٱلأَصَحِّ . قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ عِنْدَ ٱلْمُحَقِّقِينَ وَٱلأَكْثَرِينَ فِي ٱلْجَمِيعِ : ٱلْجَوَازُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

كلام القفال وغيره أن يكون الأصح هنا عدم الجواز ، وشذ في « الوسيط » فنقل طريقة قاطعة بالجواز .

قال : (**وموت على المذهب**) كالنسب ، ولأن أسبابه منها ما يخفىٰ ومنها ما يظهر ، والاطلاع عليها قد يعسر ، فجاز أن يعتمد فيها على الاستفاضة .

والطريق الثاني : أنه على الخلاف في الولاء وما في معناه ؛ لأنه تمكن فيه المعاينة .

قال : (**لا عتق وولاء ووقف ونكاح وملك في الأصح**) ؛ لأن مشاهدته أسبابها متيسرة .

وقال في « المهمات » : إن هـٰذا هو الصواب المنصوص .

قال : (**قلت : الأصح عند المحققين والأكثرين في الجميع : الجواز والله أعلم**) ؛ لأن هـٰذه الأمور إذا طالت مدتها . . عسر إقامة البينة عليها ، والحاجة ماسة إلىٰ إثباتها بالتسامع ، فلا يشك أحد أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، وأن فاطمة زوجة علي رضي الله عنهما ، والمستند الاستفاضة .

وفي الحديث : « الولاء لحمة كلحمة النسب » .

وبهـٰذا قال أبو حنيفة وأحمد ، ومن أصحابنا ابن القاص وابن أبي هريرة والطبري ، ورجحه ابن الصباغ ، وقال في « العدة » : إن الفتوىٰ عليه للحاجة .

وقول المصنف : (إن الأكثرين عليه) صحيح في الملك ممنوع في الباقي .

وقد نص الشافعي والأصحاب في أن الحاكم يستحب له أن يجدد كتب الأوقاف مهما خاف انقراض الأصل .

وأفهم إطلاقه أنه لا فرق في الوقف بين ما على الجهة العامة وعلىٰ معين .

وخص أبو محمد الخلاف بالعامة ، وقطع في المعين بالمنع ، قال الإمام : وهـٰذا لا أعتد به .

. . . .

وقال في « البسيط » : إن المحققين علىٰ عدم الفرق ، ومال ابن الرفعة إلىٰ قول أبي محمد .

وصورة الاستفاضة بالملك : أن يشتهر أنه ملكه من غير إضافة إلىٰ سبب ، فإن كان المستفيض سبب الملك كبيع ونحوه . . لم يتحمل عنه ؛ لإمكان مشاهدته ، اللهم إلا أن يكون ميراثاً . . فيجوز ؛ لأن الميراث يستحق بالنسب والموت ، وكل منهما يثبت بالاستفاضة ، قاله الماوردي والروياني وابن الصباغ .

وموضع الخلاف في الملك بمجرد الاستفاضة ، فإن انضم إليها اليد والتصرف . . جازت قطعاً .

والذي صححه المصنف في الملك مخالف لما رجحه في « الروضة » ؛ فإنه قال : فيه وجهان : أقربهما لإطلاق الأكثرين : الجواز ، والظاهر : أنه لا يجوز ، وهو محكي عن نص حرملة وجماعة .

تنبيهات :

أحدها : الذي صححوه من ثبوت الوقف بالاستفاضة هو في أصله ، أما شروطه وتفاصيله . . فأفتى المصنف بأنها لا تثبت بالاستفاضة ، بل إن كان وقفاً علىٰ جماعة معينين أو جهات متعددة . . قسمت الغلة بينهم بالسوية .

وإن كان علىٰ مدرسة مثلاً وتعذرت معرفة الشروط . . صرف الناظر الغلة فيما يرىٰ من مصالحها .

وهـٰذا مخالف لفتوىٰ شيخه ابن الصلاح ؛ فإنه قال : الشروط إذا شهد بها مفردة . . لا تثبت بالاستفاضة ، وإن ذكرها في شهادته في أصل الوقف . . سمعت ؛ لأن حاصلها يرجع إلىٰ كيفية الوقف وذلك مسموع ، ووافقه الشيخ برهان الدين بن الفركاح .

والذي أفتىٰ به المصنف هو المنقول كما قاله ابن سراقة في كتاب « أدب الشاهد » .

وأفتى الشيخ عز الدين بن عبد السلام بأن الشهادة بالاستفاضة لا تثبت بها حدود

وَشَرْطُ ٱلتَّسَامُعِ : سَمَاعُهُ مِنْ جَمْعٍ يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى ٱلْكَذِبِ ، وَقِيلَ : يَكْفِي مِنْ عَدْلَيْنِ ، . . . .

الوقف ، ذكر ذلك في إسجاله علىٰ تركة الجيش وفيه : ولم تثبت حدودها ؛ لأن الحدود لا تثبت بالاستفاضة ، وهو كلام صحيح ، وإذا ثبت النكاح بالاستفاضة . . لا يثبت الصداق ، بل يرجع إلىٰ مهر المثل .

الثاني : شهد جماعة أن النظر في الوقف الفلاني لزيد ، لم يزيدوا علىٰ ذلك ، ولم يكونوا شهدوا على الواقف ، ولا قالوا : إن مستندنا الاستفاضة ، وسئلوا عن مستندهم فلم يبدوه ، بل صمموا على الشهادة؟ أجاب ابن الصلاح بأن هـٰذا محمول على استنادهم إلى الاستفاضة ، والشروط لا تثبت بذلك كما تقدم .

الثالث : مما يثبت بالاستفاضة ولاية القضاء والجرح والتعديل ، وذكرهما المصنف في موضعهما ، والشهادة بالإعسار عن الإمام[1] ، وكذا بالرشد كما أفتىٰ به ابن الصلاح ، وعلىٰ أن فلاناً وارث فلان أو لا وارث له غيره ، نص عليه في « البويطي » ، وعلى الغصب ، قاله الماوردي في « الأحكام » .

قال : (**وشرط التسامع : سماعه من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب**) ؛ لأن ذلك يغلب على الظن الصدق ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » : جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم ، ويؤمن تواطؤهم ، قال : وينبغي أن لا تشترط فيهم العدالة ولا الحرية والذكورة .

وفي وجه : يكفي عدل واحد إذا سكن القلب إليه ، وقد تقدمت الإشارة إلىٰ هـٰذا .

قال : (**وقيل : يكفي من عدلين**) ؛ لأن الحاكم يعتمد قولهما .

وحكىٰ شريح وجهاً : أن الشهادة بالملك أقل ما يكتفىٰ فيها بأربعة ، ووجهاً آخر : أنه لا بد من الزيادة علىٰ أربعة .

---

(١) في هامش (ز) : (وذكره الغزالي في « بسيطه » ثم قال : والمستند فيه ظن غالب يقرب من اليقين ، يحصل بقرائن أحوال الشخص إلىٰ أن قال : وهـٰذا خارج عن قاعدة التسامع ، ولـٰكن ألحقناه به ؛ إذ ليس يستند إلىٰ محسوس) .

وَلاَ تَجُوزُ ٱلشَّهَادَةُ عَلَىٰ مِلْكٍ بِمُجَرَّدِ يَدٍ ، وَلاَ بِيَدٍ وَتَصَرُّفٍ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ ، وَتَجُوزُ فِي طَوِيلَةٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

وحكى الرافعي في (قسم الصدقات) وجهاً : أن أقل درجات الاستفاضة ثلاثة ؛ للخبر : « حتىٰ يشهد ثلاثة من ذوي الحجىٰ من قومه »[1] .

ونقل ابن كج وجهين في أنه هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخبرين؟

تنبيه :

لا يشترط عند الأداء التصريح بالاستفاضة ، بل لو صرح بها . . قال ابن أبي الدم : الأصح : لا تقبل .

لـٰكن ذكر الرافعي في الجرح إذا جازت الشهادة فيه بالاستفاضة . . أن الشاهد يبين ذلك فيقول : سمعت الناس يقولون فيه كذا .

وذكر في الشهادات بالملك أنه لا تجوز الشهادة فيه بالاستصحاب ، فلو بين ذلك فقال : أشهد له بالملك استصحاباً . . قطع القاضي بالقبول ، والغزالي بالمنع ، وهـٰذا شاهد للخلاف الذي ذكره ابن أبي الدم ، وصحح الشاشي وابن الصلاح جواز الشهادة بالعدالة بالاستفاضة .

قال : (**ولا تجوز الشهادة علىٰ ملك بمجرد يد**) ؛ لأن اليد لا تستلزم الملك ؛ فقد يكون مستأجراً أو مستعيراً .

وفي قول بعيد : يشهد بمجرد ذلك ؛ لأن الظاهر من اليد الملك .

قال : (**ولا بيد وتصرف في مدة قصيرة**) كاليد المجردة ، ويجوز أن يشهد له باليد .

قال : (**وتجوز في طويلة في الأصح**) ؛ لأن امتداد المدة والتصرف من غير منازع يغلب على الظن الملك .

---

(١) أخرجه مسلم (١٠٤٤) ، وابن خزيمة (٢٣٥٩) ، وابن حبان (٣٢٩١) ، وأبو داوود (١٦٣٧) ، وغيرهم .

وَشَرْطُهُ : تَصَرُّفُ مُلَّاكٍ مِنْ سُكْنَىٰ وَهَدْمٍ وَبِنَاءٍ وَبَيْعٍ وَرَهْنٍ ، وَتُبْنَىٰ شَهَادَةُ ٱلْإِعْسَارِ عَلَىٰ قَرَائِنِ وَمَخَائِلِ ٱلْضُّرِّ وَٱلْإِضَاقَةِ . . . .

والثاني : المنع ؛ لأن الغاصب والوكيل أصحاب يد وتصرف ، لـٰكن يشترط في هـٰذا أن لا يعرف له منازع .

وقيل : لا يمنع بمنازعة من لا حجة له .

وضابط طولها : العرف ، وقيل : أقلها سنة ، وقيل : شهران ، وقيل : فوقهما ، وقيل : ستة أشهر ، وقيل : عشرة أيام ، وقيل : ما زاد علىٰ ثلاثة أيام ، حكاها في « الكفاية » .

فإذا رأىٰ صغيراً في يد إنسان يستخدمه وهو يقول : هـٰذا مولاي ، وهو يدعوه كالأرقاء . . فالأصح في « الروضة » في (باب اللقيط) : أنه يشهد أنه عبده .

وهـٰذا بخلاف ما لو رأىٰ صغيرة في يد إنسان يدعي نكاحها فبلغت وأنكرت . . فإنها تصدق ، والأصح : أنه لا يحكم عليها بالنكاح في صغرها .

والفرق أن اليد في الجملة دالة على الملك ، ويجوز أن يولد وهو مملوك ولا يجوز أن تولد وهي منكوحة ، فلما كان النكاح طارئاً . . افتقر إلىٰ بينة .

واستثنى ابن سراقة في « التلقين » الدراهم والدنانير والثياب والحبوب ونحوها مما يتماثل ، قال : فلا تجوز الشهادة فيها بالملك ولا باليد ، إلا أن يكون ثوباً منقطع النظير ، أو عليه علامة يتميز بها ، وموضع الخلاف إذا لم ينضم إليها تسامع ، فإن انضم إليها . . أفاد الملك قطعاً .

قال : (**وشرطه : تصرف ملاك من سكنىٰ وهدم وبناء وبيع ورهن**) ؛ لأن هـٰذه الأمور ظاهرة في إثبات الملك .

ووجه المنع : أنها قد تصدر ممن استأجر مدة طويلة ومن الموصىٰ له بالمنفعة .

قال الرافعي : وليجر هـٰذا في الرهن ؛ لأنه قد يصدر من المستعير .

ودخل في إطلاقه (البيع) الإجارة ؛ فإنها بيع منفعة .

قال : (**وتبنىٰ شهادة الإعسار علىٰ قرائن ومخائل الضر والإضاقة**) وذلك بأن يرىٰ

فَصْلٌ :

تَحَمُّلُ ٱلشَّهَادَةِ فَرْضُ كِفَايَةٍ فِي ٱلنِّكَاحِ ، وَكَذَا إِقْرَارٌ وَتَصَرُّفٌ مَالِيٌّ وَكِتَابَةُ صَكٍّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

في خلواته ؛ لأنه مما يعسر الاطلاع عليه ، وقد تقدم في (باب الإعسار) أن شرط شاهده : خبرة باطنه ، بخلاف الشهادة بالملك ؛ فإنه يكتفىٰ فيها بأسباب ظاهرة .

و(الإضاقة) مصدر أضاق ؛ أي : ذهب ماله ، قاله الجوهري .

ولو كان المراد هنا الفقر وسوء الحال . . لأتىٰ بالضيق ؛ فإنه مصدر لذلك .

تتمة :

لا يثبت الدين بالاستفاضة على الأصح ، وما جازت الشهادة فيه اعتماداً على الاستفاضة . . جاز الحلف عليه اعتماداً عليها ، بل أولىٰ ؛ لأنه يجوز الحلف علىٰ خط الأب دون الشهادة .

قال : (**فصل :**

تحمل الشهادة فرض كفاية في النكاح) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟ ﴾ ، ولأن النكاح مهم ديني يتوقف انعقاده عليه ، فلو امتنع الجميع . . أثموا ، وإذا طلب من اثنين وهناك غيرهما . . لم يتعينا ، بخلاف ما إذا تحمل جماعة وطلب من اثنين منهما الأداء .

وأشار بـ(النكاح) إلىٰ كل ما يجب فيه الإشهاد كالرجعة إن أوجبناه فيها ، والتوكيل في البيع المشروط فيه الإشهاد ونحوه .

قال : (**وكذا إقرار وتصرف مالي وكتابة صك في الأصح**) ؛ للحاجة إلىٰ جميع ذلك ، ولأن لكتابة الصكوك أثراً في التذكر .

ويقابل الأصح في الجميع الاستحباب ؛ لأن استيفاء المقاصد لا يتوقف علىٰ ذلك ، ثم إذا قلنا بالافتراض فيهما . . فذلك إذا حضره المتحمل له ، أما إذا دعي للتحمل . . فلا تجب الإجابة في الأصح ، إلا أن يكون المتحمل له معذوراً بمرض أو حبس ، أو كانت مخدرة إذا أثبتنا للتخدر أثراً .

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي ٱلْقَضِيَّةِ إِلاَّ ٱثْنَانِ . . لَزِمَهُمَا ٱلأَدَاءُ ، . . . .

وكذا لو دعاه القاضي ليشهد علىٰ أمر يثبت عنده . . لزمه الإجابة .

واستثنى الماوردي من وجوب التحمل الحدودَ ؛ فإنها تدرأ بالشبهات ، وأداؤها واجب إن ترتب علىٰ تركها حد علىٰ غير الشاهد ، مثل أن لا يكمل النصاب إلا به ، فإن كمل وقد ندم الفاعل . . لم يجب .

ثم الذي أطلقه من كتابة الصك المراد به في الجملة ، وإلا . . فقد تقدم أن الخصم إذا طلب من القاضي كتاباً بما ثبت عنده أو حكم به . . أنه لا يجب على الصحيح ، علىٰ أن الشاهد لا تلزمه كتابة الصك ورسم الشهادة إلا بأجرة ، وأجرة رسم الشهادة ليست داخلة في أجرة التحمل ، وللشاهد إذا كتب الصك أن يحبسه عنده للأجرة كقصارة الثوب ، وهـٰذه المسألة سبقت في (السير) فهي مكررة .

و(الصك) فارسي معرب ، والجمع : أصك وصكاك وصكوك ، قاله الجوهري وغيره .

فرعان :

أحدهما : الأصح : جواز أخذ الأجرة على التحمل دون الأداء ، سواء تعينا أم لا .

ولأخذ الأجرة شرط ذكره الشيخ عز الدين فقال : لا يجوز أخذها علىٰ شهادة يبعد تذكرها ومعرفة الخصمين فيها ؛ لأن معطي الأجرة إنما يبذلها علىٰ تقدير الانتفاع بها عند الحاجة إليها ، وله أخذ أجرة الركوب وإن لم يركب كما جزم به في « الحاوي الصغير » تبعاً لإطلاق « الوجيز » .

الثاني : للسلف خلاف في جواز أخذ الأجرة علىٰ رواية الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ومنع من ذلك جماعة منهم : الإمام أحمد وإسحاق ، وأجازها آخرون ، وأفتى الشيخ أبو إسحاق الشيرازي بالجواز لمن امتنع عليه الكسب لعياله بالتحديث دون غيره .

قال : (**وإذا لم يكن في القضية إلا اثنان . . لزمهما الأداء**) كما لو لم يتحملها إلا هما ، أو مات غيرهما أو قام به مانع ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟ ﴾

فَلَوْ أَدَّىٰ وَاحِدٌ وَٱمْتَنَعَ ٱلآخَرُ وَقَالَ : ٱحْلِفْ مَعَهُ . . عَصَىٰ . وَإِنْ كَانَ شُهُودٌ . . فَٱلأَدَاءُ فَرْضُ كِفَايَةٍ ، فَلَوْ طَلَبَ مِنَ ٱثْنَيْنِ . . لَزِمَهُمَا فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلاَّ وَاحِدٌ . . لَزِمَهُ إِنْ كَانَ فِيمَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، . . . .

أي : للتحمل والأداء ، قاله الحسن البصري ، أو للأداء كما قاله مجاهد ، أو للتحمل كما قاله ابن عباس .

والأصل في وجوب الأداء : قوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ﴾ .

قال الماوردي : والاختيار أن يكون عدد الشهود ثمانية : اثنان يموتان ، واثنان يمرضان ، واثنان يغيبان ، واثنان يحضران للأداء .

قال : (**فلو أدىٰ واحد وامتنع الآخر وقال : أحلف معه . . عصىٰ**) ؛ لأن من مقاصد الشهادة التورع عن اليمين ، وكذا الشاهدان علىٰ رد الوديعة إذا امتنعا وقالا للمودع : احلف علىٰ ردها .

قال : (**وإن كان**) أي : في الواقعة (**شهود . . فالأداء فرض كفاية**) ؛ لأن الغرض يحصل بالبعض ، فأشبه رد السلام وغيره من فروض الكفايات ، فإن قام به اثنان منهم . . سقط الفرض عن الباقين ، وإن امتنعوا كلهم . . أثموا ، سواء طلبهم مجتمعين أو متفرقين ، والمدعو أولاً أعظمهم إثماً ؛ لأنه متبوع في الامتناع ، كما لو أجاب أولاً . . فإنه يكون أكثرهم أجراً .

قال : (**فلو طلب**) أي : المدعي الأداء (**من اثنين . . لزمهما في الأصح**) ؛ لأن ترك ذلك يؤدي إلى التواكل ، بخلاف التحمل .

والثاني : لا يلزمهما كالتحمل .

والأول فُرِّق بأنه هنا يطلب لأداء أمانة تحملها ، وهناك يطلب منه تحمل أمانة .

قال الإمام : وموضع الوجهين إذا لم يعلما إباء الباقين ، فإن علماه . . وجب قطعاً ، والخلاف جار فيما إذا طلب من واحد أيضاً كما نقله في « المطلب » .

قال : (**فإن لم يكن إلا واحد . . لزمه إن كان فيما يثبت بشاهد ويمين ، وإلا . . فلا**) ؛ لأن المقصود لا يحصل إلا به ، فإن كان الحاكم يرىٰ ذلك . . وجب عليه الأداء

وَقِيلَ : لاَ يَلْزَمُ ٱلأَدَاءُ إِلاَّ مَنْ تَحَمَّلَ قَصْداً لاَ ٱتِّفَاقاً . وَلِوُجُوبِ ٱلأَدَاءِ شُرُوطٌ : أَنْ يُدْعَىٰ مِنْ مَسَافَةِ ٱلْعَدْوَىٰ ، وَقِيلَ : دُونَ مَسَافَةِ ٱلْقَصْرِ . . . .

على الأصح ، وإن كان لا يراه . . لم يجب على الأصح ، وإن كان الحق لا يثبت به . . لم يلزمه ؛ لأنه لا يحصل به غرض .

وقيل : يلزمه ؛ ليندفع عن المدعي بعض تهمة الكذب .

قال : (**وقيل : لا يلزم الأداء إلا من تحمل قصداً لا اتفاقاً**) ؛ لأنه لم يوجد منه التزام ، وإذا تحمل قصداً . . كان ملتزماً كضمان الأموال .

والأصح : أنه لا فرق ؛ لأنها أمانة حصلت عنده فعليه الخروج عنها .

ويشبه أن يكون محل الخلاف في المال وحقوقه ، فلو سمع إنساناً طلق امرأته أو أعتق عبده ثم جحد ورام استفراشها أو بيعه . . فالوجه اللزوم ، وكذا لو سمعه قد عفا عن قود استحقه ثم رام القصاص وجحد العفو .

قال : (**ولوجوب الأداء شروط : أن يدعىٰ من مسافة العدوىٰ**) وهي التي يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلىٰ موضعه في يومه ، وهـٰذا تفريع على الصحيح في أن الشاهد يلزمه الحضور إلى القاضي للأداء منها .

وقيل : ليس عليه الأداء إلا إذا اتفق اجتماعه معه .

وقال الماوردي والروياني : لا يجب إلا إذا كان القاضي خارج البلد بعدت المسافة أو قربت ، سواء كان ذا مركوب أم لا .

وإن كان في البلد ؛ فإن كان صغيراً . . لزمه الإجابة ، وإن كان كبيراً ، فإن جرت عادته بالمشي في جميع أقطاره . . لزمته ، وإلا . . فلا ، إلا أن يكون ذا مركوب فيلزمه ، فإن لم يكن له مركوب وأحضر إليه ما يركبه ، فإن لم ينكر الناس ركوب مثله . . لزمته ، وإن أنكروه . . لم يلزمه .

وظاهر قوله : (يدعىٰ) أنه لا يجب ما لم يطلب ، وهو كذلك في غير شهادة الحسبة ، أما في الحسبة . . فالظاهر الوجوب مسارعة لإزالة المنكر ، لا سيما إذا تعلق به عقد أو إثبات نسب وغير ذلك مما فيه خطر .

قال : (**وقيل : دون مسافة ٱلقصر**) ؛ لأنه في حكم الحاضر ، والخلاف ينبني

وَأَنْ يَكُونَ عَدْلاً ، فَإِنْ دُعِيَ ذُو فِسْقٍ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ ، قِيلَ : أَوْ مخْتَلَفٍ فِيهِ . . لَمْ يَجِبْ . وَأَنْ لاَ يَكُونَ مَعْذُوراً بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ ، فَإِنْ كَانَ . . أَشْهَدَ عَلَىٰ شَهَادَتِهِ ، أَوْ بَعَثَ ٱلْقَاضِي مَنْ يَسْمَعُهَا . . . .

علىٰ أن الشهادة على الشهادة في مثلها هل تقبل؟ والأصح : نعم .

وأفهم أنه لو دعي من مسافة القصر فأزيد . . لم يجب قطعاً للمشقة ، وهو ظاهر إذا دعاه المستحق ، فإن دعاه الحاكم وهو في عمله أو الإمام الأعظم . . تعين حضوره ؛ فقد استحضر عمر الشهود من الكوفة إلى المدينة .

قال : (**وأن يكون عدلاً ، فإن دعي ذو فسق مجمع عليه ، قيل : أو مختلف فيه . . لم يجب**) أما في المجمع عليه . . فلأنه لا فائدة له ، سواء كان ظاهراً أو خفياً ، بل يحرم عليه أن يشهد ، وأما المختلف فيه كشرب النبيذ . . فعليه أن يشهد وإن عهد من القاضي التفسيق به ورد الشهادة به ؛ لأنه قد يتغير اجتهاده .

فلو كان أحد الشاهدين عدلاً والآخر فاسقاً فسقاً مجمعاً عليه . . فالصحيح : لا يلزم العدل الأداء إن كان الحق لا يثبت بشاهد ويمين .

قال : (**وأن لا يكون معذوراً بمرض ونحوه**) أي : مما تترك الجمعة به كمن خاف علىٰ ماله ولو ضمن له الداعي حفظه ، وكذا إذا دعاه في وقت يتعطل فيه عن كسبه ، ولو بذل له قدر كسبه . . لم يلزمه قبوله .

قال : (**فإن كان . . أشهد علىٰ شهادته ، أو بعث القاضي من يسمعها**) دفعاً للمشقة عنه ، وكذا إذا كان يخاف من ظالم ، ولو دعي في حر أو برد شديدين أو مطر . . لم يلزمه ، ولا يرهق الشاهد الحضور ، بل إن كان في صلاة أو أكل أو قضاء حاجة . . أمهل إلىٰ أن يفرغ ، ولا يمهل ثلاثة أيام على المشهور .

تتمة :

حيث لزم المرأة الإجابة . . لم يكن لزوجها منعها .

ولو دعي للأداء عند من يعلم هل يقبل أو لا . . لزمه الإجابة ، ولو كان القاضي متعيناً في قبول الشهادة . . فالأصح وجوب الإجابة .

. . . .

ولو دعي للأداء عند أمير أو وزير . . فقال ابن القطان : لا تلزمه الإجابة ، وقال ابن كج والماوردي والروياني : تلزمه إذا علم وصول الحق إلىٰ ذي الحق بذلك .

قال المصنف : قول ابن كج أصح ، وينبغي أن يحمل قول ابن كج علىٰ ما إذا لم يخلص إلا عند الأمير أو الوزير ، وإليه يرشد قولهم : إذا علم أنه يصل به إلى الحق ، فلو علم أن القاضي يقدر علىٰ تخليصه . . فلا وجه لإقامة الشهادة عند من ليس أهلاً لسماعها .

وقد جزم المصنف في (باب القضاء على الغائب) بأن سماع البينة يختص بالقضاة ، والرافعي نقله عن « الوسيط » فقط ، وقد تقدمت الإشارة إلى هـٰذا قبل (كتاب الردة) بورقة .

وإذا قال ذو الحق للشاهد : عفوت عن هـٰذه الشهادة ، ثم طلبها منه . . لزمه أداؤها ؛ لأنه حق الله تعالىٰ لا يسقط بالإسقاط .

وإذا دعي الشاهد في وقت واحد إلىٰ شهادتين بحقين متساويين . . تخير في إجابة من شاء منهما ، فإن اختلف الحقان . . بدأ بأخوفهما فوتاً ، فإن لم يخف . . تخير ، ويحتمل الإقراع ، قاله الشيخ عز الدين .

وإذا امتنع الشاهد من أداء الشهادة حياء من المشهود عليه . . عصى ، ولا يجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلاً حتىٰ يتوب ، قاله القاضي حسين .

ولو قال شخص للقاضي : لي عند فلان شهادة وهو ممتنع من أدائها بغير عذر فأحضره ليشهد . . لم يجبه القاضي ؛ لأنه فاسق بزعمه .

وفي « الحاوي » : لو امتنع من الأداء و قال : ليس الحاكم عندي مستحقاً للحكم لفسق أو جهل . . لزمه الأداء ، وليس للشاهد اجتهاد في صحة التقليد وفساده .

وقال أحمد : لا يلزمه ، وإنما يلزمه عند من يرضىٰ من الحكام .

وحكي أن الإمام أحمد لزمته شهادة ، فدعي للأداء عند حاكم فامتنع وقال : إن القاضي ليس يرضىٰ ، فقال الداعي : تتلف علي مالي ، فقال أحمد : الذي ولاه أتلف عليك مالك لا أنا .

فَصْلٌ :

تُقْبَلُ ٱلشَّهَادَةُ عَلَى ٱلشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ عُقُوبَةٍ ، وَفِي عُقُوبَةٍ لِآدَمِيٍّ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ،

وشرط الشهادة : أن يأتي بلفظ (أشهد) عند الأداء ، فلو قال : أعلم أو أتحقق أو نحو ذلك . . لم يكف ذلك على الصحيح .

فلو شهد واحد شهادة صحيحة ، فقال الآخر : أشهد بما شهد به . . قال الماوردي : لا يكفي ؛ لأنه موضع أداء وليس موضع حكاية .

قال ابن الرفعة : وبذلك يظهر أنه لا فرق بين أن يقول : بذلك أشهد أو : أشهد بذلك وإن كان العمل في وقتنا علىٰ خلافه .

والأصح : أنه لا تسمع الشهادة بالمجهول ، وقيل : تسمع ويطالب بالبيان كالإقرار ، والوجهان كالوجهين في الشهادة على الإقرار بالمجهول ، والأصح أيضاً : عدم القبول ، وهما في « الروضة » في (كتاب الدعاوىٰ) .

ويستحب للشاهد استئذان الحاكم قبل الأداء ؛ ليصغي إليه ، فلو شهد قبل أن يستأذنه . . صحت شهادته في الأصح ، لـٰكن لو قال القاضي : كنت ذاهلاً أو لم أسمع . . لم يعتد بها .

قال : (**فصل** :

تقبل الشهادة على الشهادة في غير عقوبة) كالأموال وحقوقها ، والأنكحة والبيع وسائر العقود والفسوخ ، والطلاق والرضاع والولادة وعيوب النساء ؛ للحاجة إلىٰ ذلك ، فإن شهود الواقعة قد يموتون أو يغيبون ، وأيضاً فإن الشهادة حق آدمي لازم ، فيثبت بالشهادة كما يثبت بالإقرار .

ولا فرق بين حقوق الآدميين وحقوق الله تعالىٰ ، كالزكوات والكفارات ووقف المساجد والجهات العامة .

قال : (**وفي عقوبة لآدمي على المذهب**) كالقصاص وحد القذف ؛ لأن حق الآدمي مبني على الشح ، وحق الله تعالىٰ على المسامحة ، ولأن حدود الله تعالىٰ مندوب إلىٰ سترها وتسقط بالشبهة فلم يحتج إلى التأكيد في إثباتها .

وَتَحمُّلُهَا بِأَنْ يَسْتَرْعِيَهُ فَيَقُولَ : أَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا وَأُشْهِدُكَ ، أَوِ ٱشْهَدْ عَلَىٰ شَهَادَتِي ، أَوْ يَسْمَعَهُ يَشْهَدُ عِنْدَ قَاضٍ ، . . . .

وقيل : تجوز الشهادة على الشهادة فيها أيضاً ؛ لأنها من الحقوق التي تثبت بالشهادة ، ويجب استيفاؤها إذ ذاك فكانت كحق الآدمي .

ومرادهم بـ(عقوبة الآدمي) : إثباتها ، أما ردها . . فلا خلاف فيه ، فلو شهدا علىٰ شهادة اثنين أن الحاكم حد فلاناً . . قبل بلا خلاف ؛ فإنه حق آدمي ، لأنه يسقط الحد عن نفسه .

ويستثنىٰ مع عقوبات الله تعالى الإحصان ؛ فإنه لا تقبل فيه الشهادة على الشهادة في الأظهر كالزنا ، كذا حكاه الرافعي عن ابن القاص ، ووهم في « الكفاية » فنسبهما إلى ابن الصباغ .

قال : (**وتحملها بأن يسترعيه**) أي : الأصل ؛ لأنها نيابة فاعتبر فيها الإذن .

و(الاسترعاء) : التحفظ ، تقول : استرعيته الشيء فرعاه ؛ أي : حفظه ، وهو استفعال من الرعاية .

وأشار المصنف بهـٰذا إلىٰ أن شرط التحمل : أن يعرف عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت ، ولمعرفته أسباب : أحدها : أن يسترعيه الأصل .

قال : (**فيقول : أنا شاهد بكذا وأشهدك ، أو اشهد علىٰ شهادتي**) أو أذنت لك أن تشهد علىٰ شهادتي ، ويشترط تعرض الأصل للفظ الشهادة ، فلو قال : اعلم أو استيقن . . لم يكف .

قال : (**أو يسمعه يشهد عند قاض**)(١) بأن لفلان علىٰ فلان كذا . . فيجوز له وإن لم يسترعه ؛ إذ لا يقيمها عند القاضي إلا بعد تحققها ، وحكى الإمام فيه اتفاق الأصحاب .

وحكىٰ أبو حاتم القزويني وجهاً : أنه لا يجوز حتىٰ يسترعيه ، وهـٰذا هو السبب الثاني .

---

(١) في هامش (ز) : (ومثله محكم أو حاكم ومن تصلح الشهادة عنده) .

أَوْ يَقُولَ : أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلاَنٍ عَلَىٰ فُلاَنٍ أَلْفاً مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَفِي هَـٰذَا وَجْهٌ ، وَلاَ يَكْفِي سَمَاعُ قَوْلِهِ : لِفُلاَنٍ عَلَىٰ فُلاَنٍ كَذَا ، أَوْ أَشْهَدُ بِكَذَا ، أَوْ عِنْدِي شَهَادَةٌ بِكَذَا . وَلْيُبَيِّنِ ٱلْفَرْعُ عِنْدَ ٱلأَدَاءِ جِهَةَ ٱلتَّحَمُّلِ ، . . . .

قال : (**أو يقول : أشهد أن لفلان علىٰ فلان ألفاً من ثمن مبيع أو غيره**) هـٰذا هو السبب الثالث ، وهو أن يتبين للشاهد سبب الوجوب ، فله أن يشهد على الأصح وإن لم يسترعه ولم يكن عند حاكم ؛ لأن الاستناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد والتساهل .

قال : (**وفي هـٰذا وجه**) أي : أن الاستناد إلى السبب لا يكفي للتحمل ؛ لأنه إن زال احتمال الوفاء بالعدة . . بقي إمكان التجوز والتوسع ، وهـٰذا الوجه عزاه الإمام للأكثرين ، وكأنه أراد أكثر المراوزة ، وكلام الرافعي يوهم تفرد الإمام بترجيحه ، وليس كذلك ، وقد تقدمت حكايته فيه .

ويرد علىٰ حصره الأسباب فيما ذكره صور :

منها : إذا سمعه يستدعي شاهداً للتحمل . . فإن له أن يشهد وإن لم يسترعه كما قاله القاضي وابن الصباغ والشاشي وصاحب « البحر » ، واستدركه الفارقي علىٰ « المهذب » ، وحكىٰ شريح فيه وجهين .

ومنها : إذا سمعه يؤدي عند المحكم كما قاله القاضي والإمام ، ولم يفصلا بين أن يقول : بجواز التحكيم أو لا ، وبه صرح الفوراني والبغوي ؛ لأنه لا يشهد عنده إلا وهو جازم بما شهد به .

ومنها : لو كان حاكماً أو محكماً فشهدا عنده ولم يحكم به . . جاز له أن يشهد علىٰ شهادتهما ؛ لأنه إذا جاز لغيره أن يشهد عليهما بذلك . . فهو أولىٰ .

قال : (**ولا يكفي سماع قوله : لفلان علىٰ فلان كذا ، أو أشهد بكذا ، أو عندي شهادة بكذا**) ؛ لأن الناس قد يتساهلون في إطلاق ذلك على العدة ونحوها .

قال : (**وليبين الفرع عند الأداء جهة التحمل**) فإن استرعاه الأصل . . قال : أشهد أن فلاناً شهد أن لفلان علىٰ فلان كذا وأشهدني علىٰ شهادته بكذا ، وإن لم يسترعه . . بيّن أنه رآه يشهد عند القاضي ، أو أنه أسند المشهود به إلىٰ سببه ، قال الإمام : وذلك

فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ وَوَثِقَ ٱلْقَاضِي بِعِلْمِهِ . . فَلاَ بَأْسَ ، وَلاَ يَصِحُّ ٱلتَّحَمُّلُ علىٰ شَهَادَةِ مَرْدُودِ ٱلشَّهَادَةِ ، وَلاَ تَحْمِلُ ٱلنِّسْوَةُ ، فَلَوْ مَاتَ ٱلأَصْلُ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ . . لَمْ يَمْنَعْ شَهَادَةَ ٱلْفَرْعِ ، . . . .

لأن الغالب على الناس الجهل بطريق التحمل .

قال : (**فإن لم يبين**) أي جهة التحمل (**ووثق القاضي بعلمه . . فلا بأس**) ؛ لانتفاء المحذور ، لـٰكن يستحب للقاضي أن يسأله بأي سبب ثبت هـٰذا المال؟ وهل أخبرك به الأصل أو لا؟

وقد تقدم في (باب الردة) عد المواضع التي لا تسمع فيها البينة إلا مفصلة .

قال : (**ولا يصح التحمل علىٰ شهادة مردود الشهادة**) ؛ لأنه بناء علىٰ شفا جرف هار ، وكشجرة اجتثت من فوق الأرض ما لها من قرار ؛ وذلك كالكافر والعبد والصبي والفاسق والعدو .

قال : (**ولا تحمل النسوة**) لم يصرح بها في « المحرر » ، والمراد : أنه لا تقبل شهادة النساء علىٰ شهادة غيرهن ولو كانت الأصول نسوة فيما يشهدون فيه كالولادة والرضاع ونحوهما ؛ لأن شهادة الفرع تثبت شهادة الأصل لا ما شهد به الأصل ، ونفس الشهادة ليست بمال ، ولأنه يطلع عليها الرجال .

وفي وجه شاذ : أنها تقبل ، حكاه ابن كج .

فرع :

تحمل فرع واحد عن أصل فيما يثبت بشاهد ويمين ، فأراد ذو الحق أن يحلف مع هـٰذا الفرع . . لم يجز ؛ لأن شهادة الأصل لا تثبت بشاهد ويمين ، ولو شهد علىٰ أصل واحد فرعان . . فله الحلف معهما ، قاله الماوردي .

قال : (**فلو مات الأصل أو غاب[1] أو مرض . . لم يمنع شهادة الفرع**) ؛ لأن ذلك ليس بنقص فلا يؤثر ، أما عند الموت . . فهو الغاية ، بل قال الشعبي : لا تسمع إلا في

---

(١) هامش (ز) : (أي : فوق مسافة العدوىٰ) .

وَإِنْ حَدَثَتْ رِدَّةٌ أَوْ فِسْقٌ أَوْ عَدَاوَةٌ . . مَنَعَتْ ، وَجُنُونُهُ كَمَوْتِهِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَلَوْ تَحَمَّلَ فَرْعٌ فَاسِقٌ أَوْ عَبْدٌ فَأَدَّىٰ وَهُوَ كَامِلٌ . . قُبِلَتْ ، . . . .

هٰذه الحالة فقط ، وحكاه ابن يونس عن المسعودي من أصحابنا ، وهو تحريف .

وأما عند المرض . . فدفعاً للمشقة ، والمراد به : ما يجوِّز ترك الجمعة ، لا ما يمنع الحضور كما قاله الإمام .

قال : (**وإن حدثت ردة أو فسق أو عداوة . . منعت**) أي : شهادة الفرع ما دامت هٰذه الموانع بالأصل ؛ لأن هٰذه الأحوال لا تهجم دفعة واحدة ، بل الفسق يورث التهمة فيما تقدم ، والردة تشعر بخبث سابق في العقيدة ، والعداوة تنشأ من ضغائن كانت مستكنة .

فإذا زالت هٰذه الأوصاف . . فهل يشهد الفرع بالتحمل الأول أو يشترط تحمل جديد؟ وجهان : أصحهما : الثاني ، قاله ابن سريج ، وصححه الإمام .

فإن حدثت هٰذه الأمور بعد الشهادة وقبل القضاء . . امتنع الحكم ، ويلغز بصورة الفسق فيقال : عدل أدىٰ وقبلت شهادته ، ثم امتنع الحكم لأجل فسق شخص آخر .

قال : (**وجنونه كموته على الصحيح**) ؛ لأنه لا توقع ريبة في الماضي .

والثاني : يمنع كالفسق ، ويجريان في العمىٰ ، وأولىٰ بأن لا يؤثر .

ومأخذ الخلاف : أن الحكم عند شهادة الفرع هل يقع بشهادته أو بشهادة الأصل؟ فإن قلنا بالأول . . سمعت ، وإلا . . لم تسمع .

والمراد : الجنون المطبق لا المنقطع ، ويخرج به الإغماء ، وهو مع الغيبة لا يؤثر ، فإن كان حاضراً . . قال الإمام : ينتظر زواله لقربه ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، والخرس كالجنون ، قاله الهروي .

ولو شهد الفرع في غيبة الأصل ثم حضر بعد القضاء . . لم يؤثر ، وإن حضر قبله . . امتنع ؛ لحصول القدرة على الأصل ، وكذا لو أكذب الأصل الفرع قبل القضاء . . فإنه يمنع الحكم ، وبعده لا يؤثر .

قال : (**ولو تحمل فرع فاسق أو عبد فأدى وهو كامل . . قبلت**) كما في الأصل إذا تحمل وهو ناقص ثم أدىٰ بعد كماله .

وَتَكْفِي شَهَادَةُ ٱثْنَيْنِ عَلَى ٱلشَّاهِدَيْنِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُشْتَرَطُ لِكُلِّ رَجُلٍ أَوِ ٱمْرَأَةٍ ٱثْنَانِ ، وَشَرْطُ قَبُولِهَا : تَعَذُّرُ أَوْ تَعَسُّرُ ٱلْأَصْلِ بِمَوْتٍ أَوْ عَمًى ، أَوْ مَرَضٍ يَشُقُّ حُضُورُهُ ، . . . .

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً : أنه تعتبر العدالة عند التحمل ؛ لأنها ولاية ، وهو احتمال للقاضي حسين ، يشبه ما لو وكل الحلال محرماً في التزويج ثم تحلل الوكيل . . لا يصح النكاح .

قال : (**وتكفي شهادة اثنين على الشاهدين**) ؛ لأنها شهادة علىٰ شخصين ، فجاز أن يجمعها عليهما في حقين كما لو شهدا علىٰ مقرين ، وبهـٰذا قال الأئمة الثلاثة .

قال : (**وفي قول : يشترط لكل رجل أو امرأة اثنان**) ؛ لأنهما إذا شهدا علىٰ شهادة أحد الأصلين . . كانا كشاهد واحد ، وهـٰذا صححه المزني والقاضي حسين والسرخسي ، ووهم ابن الرفعة في « الكفاية » فنسب تصحيحه إلى المصنف وإنما صحح الأول ، فعلىٰ هـٰذا : يجب في رجل وامرأتين ستة ، وفي أربع نسوة ثمانية .

قال : (**وشرط قبولها : تعذر أو تعسر الأصل بموت أو عمى ، أو مرض يشق حضوره**) ؛ لأن الأقوىٰ في باب الشهادة لا يترك مع إمكانه ، وشهادة الأصل أقوىٰ من شهادة الفرع ؛ لأنها تثبت نفس الحق ، وشهادة الفرع إنما تثبت شهادة الأصل ، وخالف الوكالة حيث جاز تصرف الوكيل مع حضور الموكل ؛ لأن بابها أوسع .

وأما التعذر بالموت . . فظاهر ، فالموت والعمىٰ مثالان للتعذر ، والمرض والغيبة الآتية مثالان للتعسر ، وقيل : يقبل في الحضور كالرواية .

وقيد المرض بما يشق معه الحضور ؛ أي : مشقة ظاهرة ، ولا يشترط أن لا يمكنه الحضور ، وضبطه الإمام بما يجوز ترك الجمعة كما تقدم .

واعتبر أبو علي أن يكون ملازماً للفراش .

فإن قيل : هـٰذا يغني عن قوله فيما قبل : (فإن مات الأصل أو غاب أو فسق أو مرض . . لم تمنع شهادة الفرع) . . فالجواب : أن ذلك في بيان طرآن العذر ، وهـٰذا في المسوغ للشهادة .

ولو قال المصنف : كموت بالكاف . . كان أولىٰ ؛ فإن الجنون المطبق في حكم

أَوْ غَيْبَةٍ لِمَسَافَةِ عَدْوَىٰ ، وَقِيلَ : قَصْرٍ ، وَأَنْ يُسَمِّيَ ٱلْأُصُولَ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُزَكِّيَهُمُ ٱلْفُرُوعُ ، فَإِنْ زَكَّوْهُمْ . . قُبِلَ ، . . . .

الموت ، وكذا الخرس الذي لا إفهام معه ، والمحبوس كالمريض ، وكذا من لا يمكنه الخروج خوفاً من ظالم كما أفتىٰ به البغوي ، وكذلك التخدر بالنسبة إلى المرأة .

ويستثنىٰ من شرط الغيبة شهود التزكية ؛ فإن أصحاب المسائل تقبل شهادتهم عند القاضي علىٰ شهادة المزكي مع حضور المزكيين في البلد كما ذكره الشيخان في (فصل التزكية) ، ولا يخفىٰ أن ما أطلقه من العمىٰ محله فيما لا تقبل فيه شهادة الأعمىٰ ، فإن كان حيث تقبل . . فليس بعذر إذا وجد قائداً .

قال : (**أو غيبة لمسافة عدوىٰ ، وقيل : قصر**) كذا بخط المصنف ، والصواب : فوق مسافة العدوىٰ كما هو في « المحرر » و« الروضة » وغيرهما ؛ فإن المسوغ لشهادة الفرع غيبة الأصل فوق العدوىٰ ، وقد تقدم في الفصل قبله أن من شرط وجوب الأداء : أن يدعىٰ من مسافة العدوىٰ ، فكيف تقبل فيها شهادة الفرع مع وجوب الأداء على الأصل .

وفي « الروضة » : منهم من أطلق في دون مسافة القصر وجهين ، والأصح : لا تسمع في مسافة العدوىٰ ، والوجهان فيما فوقها أصحهما : تسمع .

قال : (**وأن يسمي الأصول**) ؛ لتعرف عدالتهم ، ويتمكن الخصم من الجرح إن عرفه ، فلا يكفي قول الفرع : أشهدني عدل رضي .

قال : (**ولا يشترط أن يزكيهم الفروع**) أي : على الأصح ، بل لهم إطلاق الشهادة ، والقاضي يبحث علىٰ عدالتهم .

وحكي وجه باشتراطها ؛ لأن تركه يورث ريبة .

ووجه ثالث : يشترط أن يقول الفرع : أشهدني علىٰ شهادته ولم يزل عدلاً إلى الآن ، أو إلىٰ أن مات .

قال : (**فإن زكوهم . . قبل**) أي : على المشهور ، وهـٰذا بخلاف ما لو شهد اثنان في واقعة وزكىٰ أحدهما الآخر . . فإنه لا تثبت عدالة الثاني على الأصح .

والفرق : أن تزكية الفرع للأصول من تتمة شهادتهم ، ولذلك شرط بعضهم

وَلَوْ شَهِدُوا عَلَىٰ شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عُدُولٍ وَلَمْ يُسَمُّوهُمْ . . لَمْ يَجُزْ .

فَصْلٌ :

رَجَعُوا عَنِ ٱلشَّهَادَةِ قَبْلَ ٱلْحُكْمِ . . ٱمْتَنَعَ ، . . . .

التعرض لها ، وهنا قام الشاهد المزكي بأحد شطري الشهادة فلا يصح قيامه بالثاني ، وفي مسألة الكتاب وجه مخرج من مسألة تزكية أحد الشاهدين الآخر .

قال : (**ولو شهدوا علىٰ شهادة عدلين أو عدول ولم يسموهم . . لم يجز**) ؛ لأن القاضي قد يعرفهم بالجرح لو سموا .

وفي « الكفاية » عن محمد بن جرير الطبري القبول ، ولا يعد خلافه وجهاً في المذهب ، بل إنه مذهب مستقل .

تتمة :

اجتمع شاهدا فرع وشاهد أصل . . تقدم شهادة الأصل ، ثم يشهد شاهدا الفرع كما إذا كان معه بعض ماء يكفيه يستعمله ثم يتيمم ، قاله في « الإستقصاء » .

قال : (**فصل :**

رجعوا عن الشهادة قبل الحكم . . امتنع) أي : الحكم بشهادتهم ؛ لأن احتمال كذبهم في الرجوع مساو لاحتمال صدقهم في الشهادة ، ولا يجوز الحكم مع الشك في صدق الشاهد فيما شهد به كما لو جهلت عدالتهم ، وسواء كان في عقوبة أو بضع أو مال ، ونقل الشيخ أبو حامد فيه الإجماع ، خلافاً لأبي ثور ، ونقله ابن القاص عن مالك أيضاً .

وسواء اعترفوا بالتعمد أو الغلط ، وهم في الأول فسقة ، فإن كان في زناً . . فقذفة ، وكذا إن ادعوا الغلط في الأصح ؛ إذ كان من حقهم التثبت والاحتياط ، وعلىٰ هـٰذا : ترد شهادتهم .

والمراد بـ(الرجوع) : التصريح به ، فلو قالوا بعد الأداء : توقف في القضاء ، ثم قالوا بعده : اقض فنحن علىٰ شهادتنا . . جاز في الأصح .

أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ ٱسْتِيفَاءِ مَالٍ . . ٱسْتُوفِيَ ، أَوْ عُقُوبَةٍ . . فَلاَ ، أَوْ بَعْدَهُ . . لَمْ يُنْقَضْ ، فَإِنْ كَانَ ٱلْمُسْتَوْفَىٰ قِصَاصاً أَوْ قَتْلَ رِدَّةٍ أَوْ رَجْمَ زِناً أَوْ جَلْدَهُ وَمَاتَ وَقَالُوا : تَعَمَّدْنَا . . فَعَلَيْهِمْ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ ، . . . .

قال : (**أو بعده وقبل استيفاء مال . . استُوفي**) ؛ لأن القضاء قد نفذ به ، وليس هو مما يسقط بالشبهة حتىٰ يتأثر بالرجوع ، قال الشيخ أبو علي : وهـٰكذا لو حكم حاكم باجتهاده ثم تغير اجتهاده . . لم يجز له نقض الحكم المبرم به .

وقيل : لا يستوفىٰ ؛ لأن الظن قد اختل بالرجوع .

قال : (**أو عقوبة . . فلا**)[١] ؛ لأنها تسقط بالشبهة .

وفهم من إطلاقه : أنه لا فرق بين عقوبة لله وللآدمي ، وفيه وجه بعيد ، وهو في حدود الله أبعد .

قال : (**أو بعده**) أي : **بعد استيفاء الحكم به** (. . **لم ينقض**) ؛ لتأكد الأمر .

قال في « البيان » : وهو قول كافة العلماء إلا ابن المسيب والأوزاعي ، لجواز كذبهم[٢] في الشهادة وصدقهم في الرجوع وعكسه ، وليس أحدهما بأولىٰ من الآخر ، فلا ينقض الحكم بأمر محتمل .

وكان الشيخ زين الدين الكتناني يستشكله بأن بقاء الحكم بغير سبب خلاف الإجماع .

قال : (**فإن كان المستوفىٰ قصاصاً**) أي : في نفس أو طرف (**أو قتل ردة أو رجم زناً أو جلده ومات**) أي : من الجلد ثم رجعوا (**وقالوا : تعمدنا . . فعليهم قصاص أو دية مغلظة**) أي : علىٰ عدد رؤوسهم ؛ لتسببهم في إهلاكه ، وإنما وجبت الدية عليهم لا علىٰ عاقلتهم لاعترافهم .

واحترز بقوله : (تعمدنا) عما لو قالوا : أخطأنا . . فلا قصاص ، والدية مخففة على الصحيح ، لـٰكنها في مالهم ؛ لأن إقرارهم منع تحمل العاقلة[٣] .

---

(١) أي : بعده وقبل استيفاء عقوبة . . فلا .

(٢) في النسخ : (صدقهم) ، والتصويب من هامش (ز) .

(٣) في هامش (ز) : (إلا أن تصدقهم ، ويؤخذ مما سيأتي في قوله : « وإن قالوا : أخطأنا ») .

قال الإمام : وللقاضي تعزيرهم ؛ لتركهم التحفظ .

وقال ابن الصباغ والبندنيجي : لا يعزرهم ؛ لأن الخطأ جائز عليهم ، وهـٰذه المسألة سبقت في أول (الجراح) .

واستثنى المصنف منها ما إذا اعترف الولي بعلمه بكذبهم . . فإنه لا يجب عليهم القصاص ، لـٰكن لا يكفي لحد القصاص قولهم : تعمدنا ، بل لا بد أن يقولوا : وعلمنا أنه يقبل قولنا ، ونص عليه في « الأم » .

فإن قالوا : تعمدنا ولم نعلم ذلك ، وأمكن صدقهم . . فشبه عمد .

وظاهر عبارتهم أن شهود الزنا حدهم القصاص فقط ، وليس كذلك ، بل يحدون أولاً للقذف ، ثم يرجمون ، ولا يجب عليهم عند استيفاء القصاص تعزير بسبب شهادة الزور .

نعم ؛ لو آل الأمر إلى الدية . . ففي وجوب التعزير وجهان في « الحاوي » وغيره ، والتعبير بـ(القصاص) يقتضي رعاية المماثلة .

وفي « الرافعي » : هل يرجمون أو يقتلون بالسيف؟ فيه احتمالان للعبادي : أصحهما : الأول ، واستشكله في « المهمات » بأن شرط الاقتصاص بالحجر معرفة موضع الجناية وقدر الحجر وعدده ، والمرجوم في الزنا لا تنضبط هـٰذه الأمور في حقه ، قال : والصواب : الانتقال إلى السيف .

والضمير في قوله : (جلده) يعود إلى الزنا ، ولو حذفه . . كان أحسن ؛ ليشمل حد القذف والشرب .

قال : (**وعلى القاضي قصاص إن قال : تعمدت**) مؤاخذة بإقراره ؛ فإنه اعترف بالعمدية .

وصورة المسألة : إذا رجع القاضي دون الشهود .

وسكت هنا عن الدية ؛ لإشكال الأمر فيها ، فإن الرافعي نقل وجوبها بكمالها عن البغوي ثم قال : وقياس مشاورة الشهود له في الصورة الثانية أَلاَّ يجب عليهم هنا إلا نصفها كما لو رجع بعض الشهود ، وليس كما قال .

وَإِنْ رَجَعَ هُوَ وَهُمْ . . فَعَلَى ٱلْجَمِيعِ قِصَاصٌ إِنْ قَالُوا : تَعَمَّدْنَا ، وَإِنْ قَالُوا : أَخْطَأْنَا . . فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةٍ وَعَلَيْهِمْ نِصْفٌ ، وَلَوْ رَجَعَ مُزَكٍّ . . فَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَضْمَنُ ، أَوِ ٱلْوَلِيُّ وَحْدَهُ . . فَعَلَيْهِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ ، أَوْ مَعَ ٱلشُّهُودِ . . فَكَذَٰلِكَ ، .

والفرق : أن القاضي قد يستقل بالمباشرة فيما إذا قضىٰ بعلمه ، بخلاف الشهود ، ونازعه ابن الرفعة في ذلك .

قال : (**وإن رجع هو وهم . . فعلى الجميع قصاص إن قالوا : تعمدنا**) ؛ لاعترافهم بالسبب في قتله عمداً عدواناً ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**وإن قالوا**) أي : القاضي والشهود (**أخطأنا . . فعليه نصف دية وعليهم نصف**) وكذا لو عفا عن العمد علىٰ مال ، وتكون الدية مخففة ، ولا يلزم العاقلة إلا أن تصدقهم ، كذا قاله الأصحاب .

قال الرافعي : وقياسه أن لا يلزمه كمالها لو رجع كما لو رجع بعض الشهود[1] .

قال : (**ولو رجع مزك . . فالأصح : أنه يضمن**)[2] ؛ لأنه ألجأ القاضي إلى الحكم المؤدي إلى القتل .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يتعرض للمشهود عليه ، وإنما أثنىٰ على الشاهد ، والحكم يقع بشهادة الشاهد ، فكان كالممسك مع القاتل ، وهـٰذا أصح عند صاحب « التهذيب » .

والثالث : يضمن بالدية دون القصاص .

قال القفال : محل الخلاف إذا قال : علمت كذبهما ، فإن قال : علمت فسقهما . . فلا شيء عليه ؛ لأنه قد يصدق مع فسقه ، وطرده الإمام في الحالين .

قال : (**أو الولي وحده . . فعليه قصاص أو دية**) ؛ لأنه القاتل .

قال : (**أو مع الشهود . . فكذلك**) ؛ لأنه المباشر ، وهم معه كالممسك مع القاتل .

---

(١) في هامش (ز) : (وقد تقدم قريباً) .

(٢) في هامش (ز) : (وكذا لو رجع المزكي مع القاضي والشهود . . فإن الضمان على المزكي فقط . رملي) .

وَقِيلَ : هُوَ وَهُمْ شُرَكَاءُ . وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ لِعَانٍ وَفَرَّقَ ٱلْقَاضِي فَرَجَعَا . . دَامَ ٱلْفِرَاقُ . . . .

قال : (**وقيل : هو وهم شركاء**) ؛ لتعاونهم على القتل ، و« المحرر » لم يرجح في هـٰذه شيئاً ، بل قال : رجح كلاً مرجحون ، والرافعي في « شرحيه » نقل تصحيح الأول عن الإمام فقط ، وتصحيح مقابله عن البغوي ، ثم صحح المصنف في زوائده ما صححه الإمام .

ولو رجع القاضي معهم . . فالدية مثلثة[1] : ثلثها على القاضي ، وثلثها على الولي ، وثلثها على الشهود ، وحكم الرجوع تقدم في أول (النكاح) .

قال : (**ولو شهدا بطلاق بائن أو رضاع أو لعان وفرق القاضي**[2] **فرجعا . . دام الفراق**) ؛ لأن قولهما في الرجوع محتمل ، فلا يرد القضاء بقول محتمل ، لـٰكن يجب الغرم على الشاهدين ، سواء كان قبل الدخول أم بعده ؛ لأنهما فوتا عليه ما يتقوم فيغرمان كما لو شهدا بعتق عبد ثم رجعا .

وقال الأئمة الثلاثة : لا غرم عليهما بعد الدخول .

لنا : القياس علىٰ ما وافقوا عليه ، وهو الغرم قبل الدخول .

ودخل في قوله : (طلاق بائن) ما إذا كان طلقها الحر طلقتين فشهدا بالثالثة .

وفي قدر ما يغرمون في هـٰذه الصور وجهان :

أحدهما : ما يغرمونه لو كانت الشهادة بالثلاث ؛ لأنهم منعوه بها جميع البضع فكانت كالثلاث .

والثاني : ثلاثة ؛ لأنه ممنوع من بضعها بثلاث طلقات ، اختص الشهود بواحدة منها فكانت ثلث المنع منهم ، فلزمهم ثلث الغرم .

وعلىٰ هـٰذا : لو كان طلقها طلقة واحدة . . لزمهم ثلثان ، حكاه الماوردي .

وهـٰذا ينبني علىٰ خلاف تقدم أن الطلقات الثلاث إذا وقعت متفرقة هل تترتب الحرمة الكبرىٰ عليها أو على الأخيرة؟

---

(١) في هامش (ز) : (قوله : « فالدية مثلثة » مفرع على الضعيف) .

(٢) في هامش (ز) : (بأن قال : فرقت بينكما وإن لم يقل : حكمت بوقوع الطلاق) .

وَعَلَيْهِمْ مَهْرُ مِثْلٍ ، وَفِي قَوْلٍ : نِصْفُهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ وَطْءٍ ، وَفِي قَوْلٍ : عَلَيْهِمُ ٱلْمُسَمَّىٰ ، وَفِي قَوْلٍ : نِصْفُهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ وَطَءٍ . . . .

وإن كان الطلاق بعوض . . قال ابن الرفعة : ينظر ، إن كانت شهادتهم على الزوجة لإنكارها عقد الخلع . . فلها الرجوع بما غرموها ، وإن كانت على الزوج لإنكاره الطلاق . . فهم قد ألزموه الطلاق في مقابلة بدل ، إن لم يستحقه بالخلع . . استحقه بالحيلولة ، فينظر ، إن كان العوض قدر ما يغرمه الشهود في غير الخلع . . لم يرجع على الشهود بشيء ، وإن كان أقل . . رجع عليهم بالفاضل .

قال : (وعليهم) أي : على الشهود للزوج ، وكان الصواب أن يقول : وعليهما ؛ لأن المحدث عنه شاهدان .

قال : (مهر مثل) ؛ لأنه بدل ما فوتا ، وهـٰذا إذا كان بعد الدخول ، فإن كان قبله . . فكذلك على الأصح .

قال : (وفي قول : نصفه إن كان قبل وطء) ؛ لأنه الذي فات على الزوج .

قال : (وفي قول : عليهم المسمىٰ) ؛ لأنه الذي فات على الزوج ، ويشهد له ما حكي عن القديم : أن مفوضة البضع لو شهدوا بطلاقها قبل الفرض والمسيس ثم رجعوا . . أن المغروم المتعة ، واختاره ابن الحداد ، وغلطه الأصحاب .

قال : (وفي قول : نصفه إن كان قبل وطء)[1] كذا نقله الربيع عن نصه ، وهو مخرج من نصه فيما إذا أفسدت المرأة نكاحها برضاع ، وقد تقدم ذلك في بابه .

---

(١) المسألة هنا مع أقوالها في نسخ الدميري كلها ، وهي موافقة لتفصيلها في « الروضة » (١١/ ٣٠٠) ، ولا يوجد في نسخ « المنهاج » وشروحه التي بين أيدينا إلا ذكر قولي مهر المثل ، ونصفه إن كان القضاء قبل الوطء ، فليتنبه .

وعبارة « الروضة » : (فإن كان بعد الدخول . . غرما مهر المثل على المشهور ، وفي قول : المسمىٰ ، وإن كان قبله . . فهل يغرمان مهر المثل أم نصفه؟ فيه نصان ، ونص فيما لو أفسدت امرأة نكاحه برضاع : أنها تغرم نصف مهر المثل ، وللأصحاب طرق ، المذهب : وجوب النصف في الرضاع ، وجميع مهر المثل في الرجوع عن الشهادة ، وفي قول : نصفه ، وفي قول : نصف المسمىٰ ، وفي قول : جميعه . . .) .

وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ وَفَرَّقَ فَرَجَعَا فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ . . فَلَا غُرْمَ ، وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ مَالٍ . . غَرِمُوا فِي ٱلْأَظْهَرِ ، . . . .

تنبيه :

لم يذكر المصنف تبعاً لـ« المحرر » حكم ما إذا شهدا بطلاق رجعي ، وملخص ما فيها أربعة أوجه :

أحدها : لا يغرمان شيئاً ، سواء رجعا أم لا ، وجزم به الماوردي .

والثاني : أنهما يغرمان كما في البائن ، وهو الأظهر عند القاضي ، وجزم به البغوي .

والثالث : إن راجعها . . لم يغرما له شيئاً[1] ، فإن كانا غرما له . . استرداه ، وإن لم يراجعها . . غرما له[2] .

والرابع : يغرمان في الحال ، فإن انقضت العدة ولم يراجع . . استقر المأخوذ في ملكه ، وإن راجع . . استرد ، ووقع في المسألة أوهام في « الكفاية » وغيرها .

قال : (**ولو شهدا بطلاق وفرق**) أي : قضى القاضي بالفرقة بينهما (**فرجعا فقامت بينة أنه كان بينهما رضاع**) وكذا إذا شهدا أنها بانت من قبل (. . **فلا غرم**) ؛ لأنهما لم يفوتا شيئاً ، ولو غرما قبل قيام البينة . . استردا المغروم .

واحترز بقوله : (فرق) عما إذا اتفق ذلك قبل قضاء القاضي . . فلا غرم من باب أولىٰ .

وأفهم قوله : (فلا غرم) أن الزوج لو غرم لها المهر . . استرده كما صرح به القاضي أبو الطيب في « شرح الفروع » .

قال : (**ولو رجع شهود مال**) سواء كان عيناً أو ديناً (. . **غرموا في الأظهر**) ؛ لأنهم حالوا بينه وبين ماله بغير حق فأشبه من غصب عبداً فأبق منه ، وبهـٰذا قال الأئمة الثلاثة .

---

(١) في هامش (ز) : (معتمد) .

(٢) في هامش (ز) : (معتمد) .

وَمَتَىٰ رَجَعُوا كُلُّهُمْ . . وُزِّعَ عَلَيْهِمُ ٱلْغُرْمُ ، أَوْ بَعْضُهُمْ وَبَقِيَ نِصَابٌ . . فَلاَ غُرْمَ ، وَقِيلَ : يَغْرَمُ قِسْطَهُ . . . .

والثاني : لا يلزمهم الغرم ؛ لأن العين إنما تضمن باليد أو الإتلاف ، وهما معدومان هنا .

وادعى الإمام والفوراني أن هـٰذا هو الجديد ، ووهم في « الكفاية » و« المطلب » في نسبة هـٰذا إلى المصنف؛ فإنه صحح في كتبه كلها الأول كما صححه صاحب « التنبيه »، وعلى الأظهر : في أي وقت تعتبر القيمة؟ فيه في « البحر » و« الحاوي » وجهان :

أحدهما : وقت الحكم .

والثاني : أكثر ما كانت من وقت الحكم إلىٰ وقت الرجوع .

هـٰذا في المتقوم ، أما المثلي . . فالظاهر : أنه يضمن بمثله .

وأفهم إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يقولوا : تعمدنا أو أخطأنا ، وهو كذلك ؛ لأن ضمان المال لا يختلف بذلك .

ولو لم يقولوا : رجعنا ولـٰكن قامت البينة برجوعهم . . لم يغرموا ؛ لأن الحق باق على المشهود عليه .

ولو رجع شهود العتق . . لزمهم الضمان بالقيمة لا الثمن ؛ لأنهم أتلفوا رقبة علىٰ مالكها ، فأشبه ما لو قتلوها ، وسواء كان قناً أو مدبراً أو أم ولد ، وقال أبو حنيفة : لا غرم في أم الولد .

قال : (**ومتىٰ رجعوا كلهم . . وزع عليهم الغرم**) أي : بالسوية عند اتحاد نوعهم ، سواء رجعوا معاً أو مرتباً .

قال : (**أو بعضهم وبقي نصاب . . فلا غرم**) ؛ لأنه بقي ما تقوم به الحجة ، فكأن الراجع لم يشهد .

ووقع في « الرافعي » : أن ابن الحداد قال بهـٰذا ، والذي في « فروعه » : الجزم بوجوب الغرم .

قال : (**وقيل : يغرم قسطه**) ؛ لأن الحكم وقع بشهادة الجميع ، وكل منهم قد فوت قسطاً فيغرم ما فوت .

وَإِنْ نَقَصَ ٱلنِّصَابُ وَلَمْ يَزِدِ ٱلشُّهُودُ عَلَيْهِ . . فَقِسْطٌ ، وَإِنْ زَادَ . . فَقِسْطٌ مِنَ ٱلنِّصَابِ ، وَقِيلَ : مِنَ ٱلْعَدَدِ ، وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ . . فَعَلَيْهِ نِصْفٌ وَهُمَا نِصْفٌ ، أَوْ وَأَرْبَعٌ فِي رَضَاعٍ . . فَعَلَيْهِ ثُلُثٌ وَهُنَّ ثُلُثَانِ ، فَإِنْ رَجَعَ هُوَ أَوْ ثِنْتَانِ . . فَلاَ غُرْمَ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**وإن نقص النصاب ولم يزد الشهود عليه . . فقسط**) بأن حكم بعتق أو قتل أو مال بشاهدين ثم رجع أحدهما . . فعليه نصف الغرم .

ولو رجم بشهادة أربعة ثم رجع بعضهم . . فعليه قسط من الدية .

قال : (**وإن زاد**) أي : عدد الشهود عن النصاب ولم يثبت من العدد المعتبر إلا بعضهم كما إذا رجع من الثلاثة أو الخمسة اثنان .

قال : (. . **فقسط من النصاب ، وقيل : من العدد**) وهما مبنيان على الوجهين فيما إذا رجع بعضهم وبقي نصاب ، إن قلنا : لا غرم هناك . . وزع الغرم هنا على العدد المعتبر وهو النصاب ، وحصة من نقص من العدد المعتبر توزع علىٰ من رجع بالسوية ، وهو المراد بقوله : (قسط من النصاب) .

وإن قلنا بالغرم هناك . . وزع هنا علىٰ جميع الشهود ، وهو المراد بقوله : (وقيل : من العدد) فعلى الاثنين الراجعين من الثلاثة نصف الغرم على الأول وثلثاه على الثاني .

قال : (**وإن شهد رجل وامرأتان . . فعليه نصف وهما نصف**) ؛ لأن شهادتهما كشهادته .

وفرع الشيخ شرف الدين البارزي علىٰ ذلك ما إذا شهد رجل وامرأتان علىٰ شيء وأخذوا أجرة . . أنه يكون للمرأتين نصفها وللرجل النصف الآخر كالغرم ، وهو ظاهر ، والخنثىٰ في جميع ذلك كالمرأة .

قال : (**أو وأربع في رضاع . . فعليه ثلث وهن ثلثان**) ؛ لما قلناه ، (**فإن رجع هو أو ثنتان . . فلا غرم في الأصح**) ؛ لبقاء النصاب ، ومقابله : عليه أو عليهما ثلث الغرم .

وَإِنْ شَهِدَ هُوَ وَأَرْبَعٌ بِمَالٍ. . فَقِيلَ : كَرَضَاعٍ ، وَٱلأَصَحُّ : هُوَ نِصْفٌ وَهُنَّ نِصْفٌ ، سَوَاءٌ رَجَعْنَ مَعَهُ أَوْ وَحْدَهُنَّ ، وَإِنْ رَجَعَ ثِنْتَانِ. . فَٱلأَصَحُّ : لاَ غُرْمَ ، وَأَنَّ شُهُودَ إِحْصَانٍ أَوْ صِفَةٍ مَعَ شُهُودِ تَعْلِيقِ طَلاَقٍ وَعِتْقٍ لاَ يَغْرَمُونَ . . . .

قال : (**وإن شهد هو وأربع بمال. . فقيل : كرضاع**) فيكون عليه ثلث الغرم وعليهن ثلثاه .

قال : (**والأصح : هو نصف وهن نصف**) ؛ لأنه نصف البينة ، وهن وإن كثرن مع الرجل بمنزلة رجل واحد ، (**سواء رجعن معه أو وحدهن**) ؛ لأن المال لا يثبت بشهادة النساء ، وإن كثرن. . فنصف .

قال : (**وإن رجع ثنتان. . فالأصح : لا غرم**) ؛ لبقاء الحجة .

والثاني : عليهما ربع الغرم .

وإذا شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا. . قال القاضي حسين في (كتاب الحدود) : لا شيء على المرأة ، وعلى الرجلين الغرم ، وقال هـٰهنا : يجب عليها الخمس .

قال : (**وأن شهود إحصان أو صفة مع شهود تعليق طلاق وعتق لا يغرمون**) .

صورة المسألة : أن يشهد أربعة بزنا زيد واثنان بإحصانه ، فيرجمه الحاكم ، وأن يشهد اثنان بأن فلاناً علق طلاق زوجته أو عتق عبده بصفة وشهد آخران علىٰ وجود الصفة ثم رجعوا بعد نفوذ العتق والطلاق .

وفي كل من المسألتين وجهان ـ وقيل : قولان ـ : أصحهما : اختصاصه بشهود الزنا ؛ لأن الشاهد بالإحصان لم يشهد بموجب عقوبة ، وإنما وصفوه بصفة كمال ، ألا ترىٰ أنه لو شهد اثنان علىٰ شخص بقذف ، فادعىٰ أنه عبد ، فشهد آخران أنه حر ، فجلد ثمانين ثم رجع الجميع. . فلا شيء علىٰ شاهدي الحرية .

وأما شهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق والعتق. . فلأنهم لم يشهدوا علىٰ فعله وهو الموجب للطلاق والعتق ، وإنما أثبتوا صفة .

والثاني : يغرمون ؛ لأن الرجم يتوقف على ثبوت الزنا والإحصان جميعاً ، فالقتل لم يستوف إلا بهم ، وكذلك الطلاق والعتق وقع بقولهم .

. . . .

قال في « المهمات » : وهـٰذا هو المعروف ، وقد صححه الماوردي والجرجاني ، والبندنيجي في « المعتمد » .

وقيل : إن شهدوا بالإحصان بعد شهود الزنا . . غرموا ، أو قبلهم . . فلا ؛ لأنهم لم يثبتوا إلا صفة كمال .

فإن غرمنا شهود الإحصان . . فباعتبار النصابين في الأصح ، فعليهم الثلث وعلىٰ شهود الزنا ثلثان ، وقيل : باعتبار الجنسين ، فعليهم النصف .

وإن غرمنا شهود الصفة . . فقال الرافعي والمصنف : لا يأتي في ذلك إلا التنصيف ، وليس كذلك ؛ فقد تكون الصفة لا تثبت إلا بأربعة كالزنا فينعكس الحكم ، فيكون الثلثان علىٰ شهود الصفة والثلث علىٰ شهود التعليق .

وإذا قال شهود الإحصان : تعمدنا . . لزمهم القصاص كشهود الزنا .

ولو رجع شهود الزنا فقط . . ضمنوا قطعاً ، والأصح : أنهم يغرمون جميع الدية .

تتمة :

شهد ثمانية بالزنا والإحصان ، ثم رجع أحدهم . . فلا غرم على الأصح ؛ لبقاء الحجتين ، وكذا لو رجع ثان وثالث ورابع ، فإن رجع خامس . . فقد بطلت حجة الزنا ، ولم تبطل حجة الإحصان .

فإن لم يغرم شهود الإحصان . . فعلى الخمسة ربع الغرم ؛ لبطلان ربع الحجة ، وإن غرمناهم . . فلا غرم هنا لشهادة الإحصان على الأصح ؛ لبقاء حجته ، ويغرم الراجعون ربع غرم الزنا ، وهو السدس إن ثلثنا والثمن إن نصفنا .

وإن رجع ستة . . لزمهم نصف غرم الزنا ، وهو الثلث إن ثلثنا والربع إن نصفنا ، وإن رجع سبعة . . بطلت الحجتان .

* * *

خاتمة

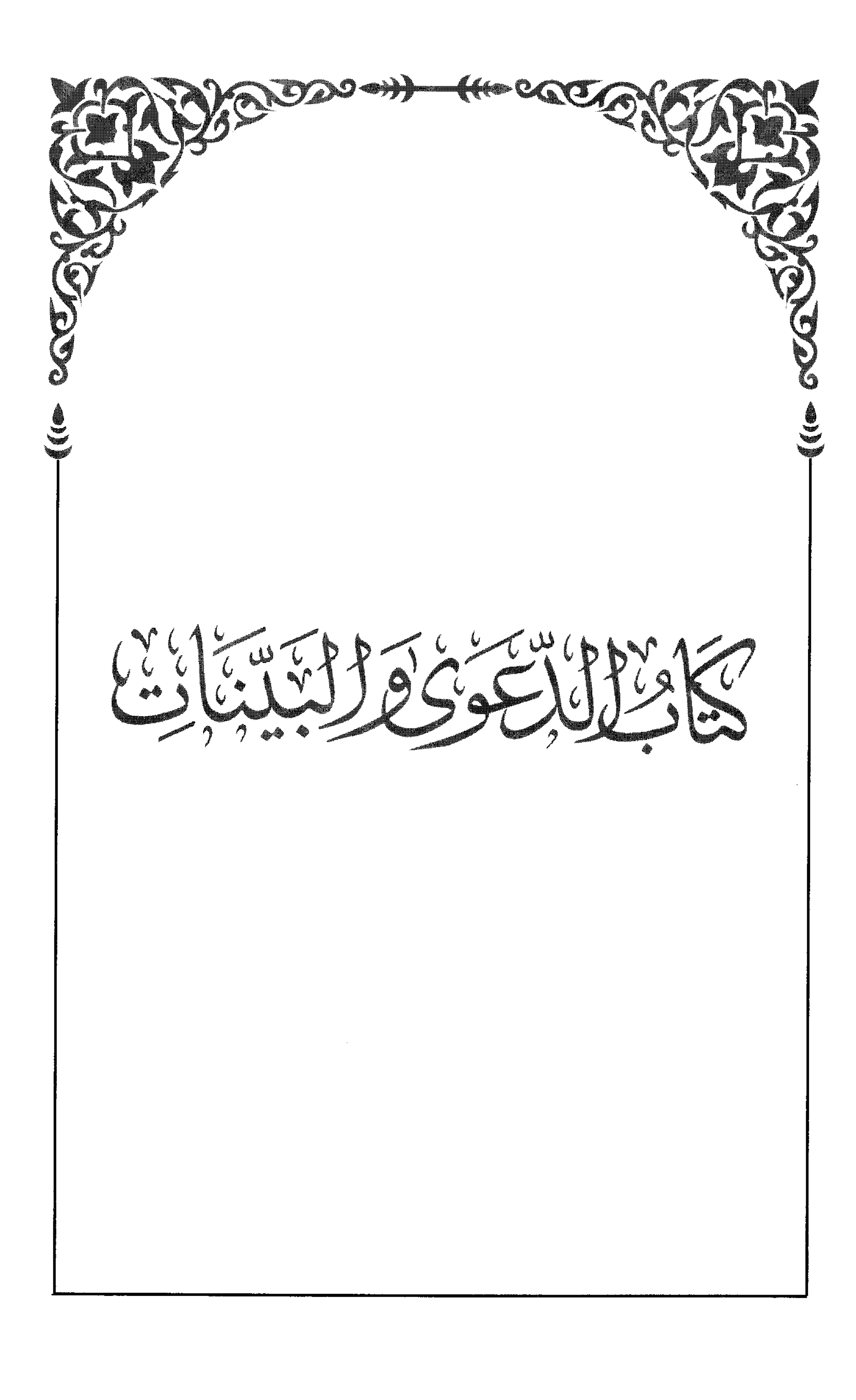
شهد أربعة علىٰ رجل بأربع مئة ، ثم رجع أحدهم عن مئة ، وآخر عن مئتين ، وثالث عن ثلاث مئة ، والرابع عن الجميع . . فالبينة باقية بتمامها في مئتين .

والأصح : أنه لا يجب غرمها ، ويجب على الأربعة غرم المئة بالرجوع عنها باتفاقهم ، وعلى الثاني والثالث والرابع ثلاثة أرباع المئة التي اختصوا بالرجوع عنها[1] .

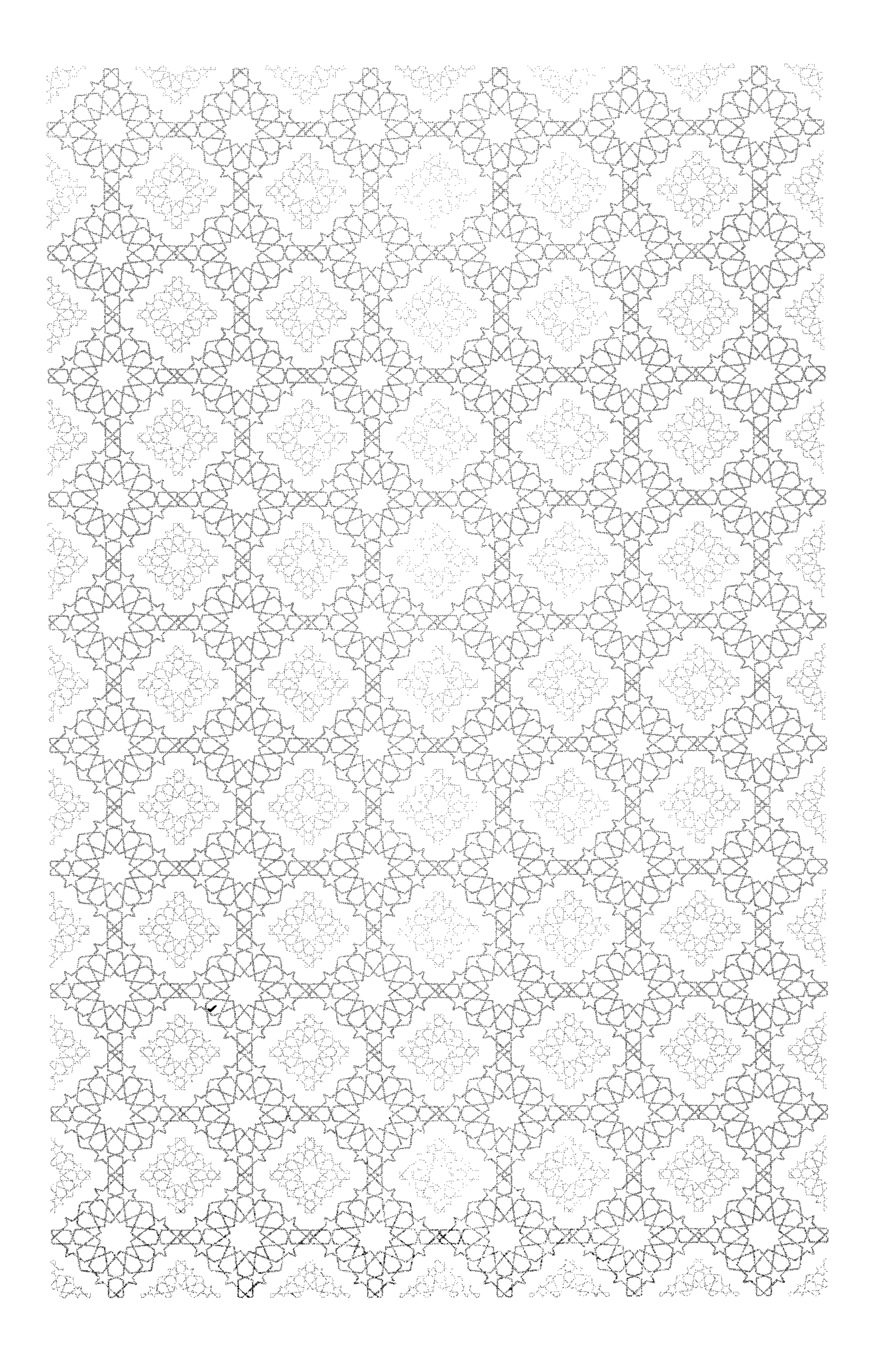
والوجه الثاني : علىٰ كل راجع حصة ما رجع عنه ، فعلى الأول ربع المئة ، وعلى الثاني خمسون ، وعلى الثالث خمسة وسبعون ، وعلى الرابع مئة والله أعلم .

* * *

(١) في هامش (ز) : (والربع الآخر الحجةُ باقية فيه ، لـٰكن مقتضىٰ ما مر : أنه يلزم الثلاثة النصف) .



كتاب الدعوى والبينات



كِتَابُ ٱلدَّعْوَىٰ وَٱلْبَيِّنَاتِ

. . . .

كتاب الدعوىٰ والبينات

(الدعوىٰ) هي في اللغة : الطلب ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴾ وألفها للتأنيث ، وجمعها : دعاوىٰ كفتوى وفتاوىٰ بفتح الواو وكسرها .

قيل : سميت دعوىٰ لأن المدعي يدعو صاحبه إلىٰ مجلس الحكم ؛ ليخرج من دعواه .

(والبينات) : جمع بينة ، وهم الشهود ، سموا بذلك لأن بهم تتبين الحقوق .

وأفرد الدعوىٰ وجمع البينة ؛ لأن حقيقة الدعوىٰ واحدة والبينات مختلفة .

والأصل في الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ ﴾ .

قال الحسن : من دعاه خصمه إلىٰ حاكم من حكام المسلمين فلم يجب . . فهو ظالم ، وفي « الصحيحين » [خ ٤٥٥٢ـ م ١/١٧١١] عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعطى الناس بدعواهم . . لادعىٰ أناس دماء رجال وأموالهم ، ولـٰكن اليمين على المدعى عليه » .

وفي « البيهقي » [٢٥٢/١٠] بإسناد حسن : « البينة على المدعي واليمين علىٰ من أنكر » ووهم في « الكفاية » فعزىٰ هـٰذه إلىٰ مسلم .

وإنما كانت البينة على المدعي لأنها حجة قوية لانتفاء التهمة ؛ لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً ، وجانب المدعي ضعيف ؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر ، فكلف الحجة القوية ؛ ليقوىٰ بها ضعفه ، وعكسه المدعىٰ عليه فاكتفي منه بالحجة الضعيفة .

ولا خلاف بين المسلمين في هـٰذه الجملة ، قال الحسن : (كان رسول الله

تُشْتَرَطُ ٱلدَّعْوَىٰ عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةٍ كَقِصَاصٍ وَقَذْفٍ ، وَإِنِ ٱسْتَحَقَّ عَيْناً . . فَلَهُ أَخْذُهَا إِنْ لَمْ يَخَفْ فِتْنَةً ، . . . .

صلى الله عليه وسلم لا يأخذ أحداً بقرف أحد ، ولا يصدق أحداً علىٰ أحد)[1] .

ولما كانت الخصومات تدور علىٰ خمسة : الدعوىٰ والجواب واليمين والنكول والبينة . . ذكرها المصنف كذلك .

قال : (**تشترط الدعوىٰ عند قاض في عقوبة**) أي : لآدمي (**كقصاص وقذف**) أي : حد قذف ؛ لعظم خطره ، والاحتياط في إثباته واستيفائه .

وشملت عبارته المحكم ؛ فإنه قاض عند الخصمين ، لٰكن تمثيله بالقصاص والقذف يفهم التصوير بحق الآدمي ، وأن حدود الله تعالىٰ لا يشترط فيها ذلك ، وليس كذلك ، بل لا بد فيها من القاضي أيضاً ، مع أنه لا تسمع فيها الدعوىٰ أصلاً ؛ لأنها ليست حقاً للمدعي ، بل هو مأمور بالإعراض والدفع ما أمكن ، إلا أنه يستثنىٰ منه ما إذا قذفه بالزنا وأراد القاذف تحليفه أنه لم يزن . . فالأصح : أنه يجاب ، ولا تسمع الدعوىٰ بذلك ، ويحلف علىٰ نفيه إلا في هٰذه الصورة ، لٰكن يرد على المصنف السيد ؛ فإنه يسمع الدعوىٰ علىٰ عبده .

قال : (**وإن استحق عيناً . . فله أخذها**) مستقلاً بها (**إن لم يخف فتنة**) بالاتفاق ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لهند في أخذ ما في الذمة ، فعين المال أولىٰ .

وشمل قوله : (استحق عيناً) المالك والمستأجر والموصىٰ له بالمنفعة والموقوف عليه ، وفيه نظر ؛ فإن الاستقلال بالأخذ للمالك فقط فيما يتبادر من كلام الغزالي والرافعي ، فيحمل كلام المصنف عليه ؛ لأن مستحق العين حقيقة هو المالك ، وأما غيره . . فيستحق المنفعة لا العين نفسها ، والأشبه : أن مستحق المنفعة ـ لا سيما المؤبدة فيما نحن ـ فيه كالمالك ، وقد نص الشافعي علىٰ أن لولي الطفل الأخذ .

وفي معنى الفتنة : خوف الضرر علىٰ نفسه .

ثم الكلام إنما هو في ذوي اليد العادية ومن في حكمها ، فلو كانت في يد أمين

---

(١) أخرجه أبو داوود في « المراسيل » (٥١٤) .

وَإِلاَّ . . وَجَبَ ٱلرَّفْعُ إِلَىٰ قَاضٍ ، أَوْ دَيْناً عَلَىٰ غَيْرِ مُمْتَنِعٍ مِنَ ٱلأَداءِ . . طَالَبَهُ ، وَلاَ يَحِلُّ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ ، أَوْ عَلَىٰ مُنْكِرٍ وَلاَ بَيِّنَةَ . . أَخَذَ جِنْسَ حَقِّهِ مِنْ مَالِهِ ، وَكَذَا غَيْرُ جِنْسِهِ إِنْ فَقَدَهُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . . . .

باذل . . لم يجز له أخذها بغير إذنه ولا علمه ، ولا دخول منزله لأجلها ، بل سبيله الطلب .

قال : (**وإلا . . وجب الرفع إلىٰ قاض**) ؛ لتمكنه من الخلاص به ، فلا حاجة لإثارة الفتنة ، وليس المراد أنه يكلف ذلك حتىٰ يأثم بالترك ، بل المراد امتناع الاستقلال بالأخذ في هـٰذه الحالة .

والمراد بالرفع إلى القاضي : **الرفع إلىٰ** من له إلزام الحقوق والإجبار عليها من أمير ومحتسب ونحوهما ، والرفع : تقريبك الشيء ، فمعنىٰ رفعه إلى السلطان قربه إليه ، وقد تقدم ذلك في (باب الخيار) في البيع .

قال : (**أو ديناً**) حالاً (**علىٰ غير ممتنع من الأداء . . طالبه**) ؛ ليؤدي ما عليه .

قال : (**ولا يحل أخذ شيء له**) ؛ لأن الخيار في تعيين المال المرفوع إلىٰ من عليه ، فإن خالف وأخذ شيئاً من ماله . . رده ، فإن تلف عنده . . ضمنه ، فإن اتفقا . . جاء خلاف التقاص .

قال : (**أو علىٰ منكر ولا بينة . . أخذ جنس حقه من ماله**) عند الظفر به ؛ لعجزه عن أخذه إلا كذلك ، وسواء أنكره في الظاهر والباطن ، أو كان ينكره في الظاهر ويقر باطناً .

وعن القفال : ليس له الأخذ مطلقاً ؛ بل يقتصر على التحليف .

قال : (**وكذا غير جنسه إن فقده على المذهب**) ؛ لما روى الشيخان عن عائشة رضي الله عنها : أن هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله ؛ إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت من ماله وهو لا يعلم ، فهل علي في ذلك شيء؟ فقال صلى الله عليه وسلم : « خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وولدك » فجوز لها الأخذ من غير فرق بين الجنس وغيره .

وقيل : في جواز الأخذ قولان : أحدهما : هـٰذا .

أَوْ عَلَىٰ مُقِرٍّ مُمْتَنِعٍ أَوْ مُنْكِرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ . . فَكَذَلِكَ ، وَقِيلَ : يَجِبُ ٱلرَّفْعُ إِلَىٰ قَاضٍ .

والثاني : لا يأخذ غير الجنس ؛ لأنه لا يتمكن من تملكه .

وقال أبو حنيفة : يأخذ جنس حقه لا غيره ، إلا أن يكون دراهم فيأخذ الدنانير وبالعكس .

والمصنف أطلق الجواز من غير الجنس ، ومحله إذا لم يجد أحد النقدين ، فإن وجده . . لم يعدل إلىٰ غيره ، كذا نقله في « المطلب » عن المتولي وارتضاه ثم قال : ومحله أيضاً إذا كان الغريم مصدقاً أنه ملكه ، فلو كان منكراً كونه له . . لم يجز له أخذه وجهاً واحداً ، صرح به الإمام في (كتاب الوكالة) وقال : إنه مقطوع به .

وقال أحمد : لا يأخذ من جنسه ولا من غير جنسه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أد الأمانة إلىٰ من ائتمنك ، ولا تخن من خانك »(١) .

وأجاب الشافعي بأن الحديث غير ثابت ، ولو كان ثابتاً . . لم تكن فيه حجة ؛ إذ دلت السنة وإجماع كثير من أهل العلم علىٰ أن من أخذ حقه . . ليس بخائن ، إنما الخيانة من يأخذ ما لا يستحق ، والعجب من استدلال أحمد بالحديث وهو يقول : إنه باطل لا يعرف عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه صحيح ، وأعله ابن حزم [المحلىٰ ٨/١٨١] وابن القطان والبيهقي بقيس بن الربيع وشريك وغيرهما ، لـٰكن الحاكم قال : إنه علىٰ شرط مسلم ، وقال الترمذي : إنه حسن غريب .

قال : (**أو علىٰ مقر ممتنع أو منكر وله بينة . . فكذلك**) أي : يستقل بالأخذ ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بالمرافعة .

قال : (**وقيل : يجب الرفع إلىٰ قاض**) كما لو أمكنه تحصيل الحق بالمطالبة والتقاضي .

وعلىٰ هـٰذا : لو كان المستحق يرجو إقراره لو أحضره عند القاضي وعرضه عليه . . وجب إحضاره .

هـٰذا كله في دين الآدمي ، أما الزكاة إذا امتنع المالك من أدائها وظفر الفقير بجنسها

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/٤٦) ، وأبو داوود (٣٥٢٩) ، والترمذي (١٢٦٤) ، والدارقطني : (٣/٣٥) ، والبيهقي (١٠/ ٢٧٠) ، وأحمد (٣/ ٤١٤) ، وغيرهم .

من ماله . . فليس له الأخذ ، بخلاف الدين ، كذا أجاب به القاضي أبو بكر الشاشي[١] في « فتاويه » ، وهو في طبقة القاضي أبي الطيب ، وهو متوجه ؛ لتوقفها على النية ، بخلاف الدين ، وغفل عن هـٰذا من فصل بين أن يتعين الفقراء أو لا إلحاقاً لها بالديون .

فروع :

ادعىٰ من أخذ من ماله على الظافر أنه أخذ من ماله كذا ، فقال : ما أخذت ، فأراد استحلافه . . كان له أن يحلف أنه ما أخذ من ماله شيئاً ، ولو كان مقراً لـٰكنه يدعي حيلة كذباً ولو حلف لحلف . . فللمستحق الأخذ من ماله فيما يظهر ، ويحتمل أن يفرق بين الأجل القريب والبعيد .

ولو كان المدين صغيراً[٢] أو سفيهاً أو مجنوناً بأن أتلف له شيئاً ولا بينة له بذلك . . فلا خلاف أنه ليس له الأخذ من ماله إن ظفر بجنس حقه[٣] ، حكاه في « الذخائر » عن الغزالي ، وغلط من قال خلاف ذلك .

ولو كان المدين مقراً ، لـٰكنه ادعى الفلس وأقام بينة أو صدق بيمينه ، ورب الدين يعلم أن له مالاً كتمه ، فإن لم يقدر علىٰ بينة . . فله الأخذ منه .

ولو جحد قرابة من تلزمه نفقته أو ادعى العجز عنها كاذباً أو أنكر الزوجية . . فعلىٰ ما فصلناه ، لـٰكن إنما يأخذ قوت يوم بيوم فيما يظهر .

قال : (**وإذا جاز الأخذ . . فله كسر باب ، ونقب جدار لا يصل إلى المال إلا به**) ؛ لأن من استحق شيئاً . . استحق الوصول إليه ، ولا يضمن ما فوته ، كمن لم يقدر علىٰ دفع الصائل إلا بإتلاف ماله فأتلفه . . لا يضمن .

وحكى الرافعي وجهاً : أنه يضمن ، ولو وكل في ذلك أجنبياً . . لم يجز له ، ولو فعل . . ضمن .

---

(١) في (ص) : (أبو بكر الشامي) .
(٢) في هامش (ز) : (والذي في « نكت العراقي » نقل في الصغير خاصة) .
(٣) في هامش (ز) : (وجعل البلقيني هـٰؤلاء مثل المنكر والحال أنه لا بينة) .

ثُمَّ ٱلْمَأْخُوذُ مِنْ جِنْسِهِ يَتَمَلَّكُهُ ، وَمِنْ غَيْرِهِ يَبِيعُهُ ، وَقِيلَ : يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَىٰ قَاضٍ لِيَبِيعَهُ ، . . . .

ثم كسر الباب ونحوه لا يجوز في ملك الغائب المعذور وإن جوزنا الأخذ ، ولا في ملك الصبي والمجنون ، وإنما ذلك مخصوص بالمتعدي بالمنع ، وكذا لا يجوز ذلك في جدار غريم الغريم قطعاً .

وإذا غصب منه نجاسة تختص بها كجلد ميتة وسرجين وكلب معلم وجحده . . فظاهر كلام الأصحاب أنه لا يكسر باباً ونحوه ؛ لأنهم إنما تكلموا في المال خاصة .

قال : (**ثم المأخوذ من جنسه يتملكه**) بدلاً عما استحقه ؛ لأنه ثمرة الملك .

والتعبير بـ(التملك) وقع في « الشرحين » و« الروضة » أيضاً ، وهو يقتضي : أنه لا يملكه بنفس الأخذ ، بل لا بد من إحداث تملك ، والصواب خلافه كما صرح به القاضي والإمام والبغوي والمحاملي والماوردي وغيرهم ؛ فإن الشارع قد أذن في قبضه ، فأشبه ما إذا أقبضه الحاكم إياه .

قال : (**ومن غيره يبيعه**) كما يتسلط على الأخذ ولا يتملكه على الصحيح .

وقيل : يتملك منه قدر حقه للضرورة ، وهو ضعيف ، وإنما يجوز له بيعه بنفسه إذا كان القاضي جاهلاً بالحال ولا بينة للأخذ ، فإن كان القاضي عالماً به . . فالمذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه ، وكما يجوز للظافر أن يبيع بنفسه له أن يوكل فيه ، قاله في « الروضة » في آخر (الطلاق) .

قال : (**وقيل : يجب رفعه إلىٰ قاض ليبيعه**) ؛ لأنه لا يتصرف في مال غيره لنفسه ، ولم يرجح في « المحرر » في المسألة شيئاً ، بل قال : رجح كلاً طائفة ، والصحيح في « الشرح الصغير »و« الروضة » : أنه يستقل ببيعه .

قال الرافعي : وإذا أريد بيع المظفور به ، فإن كان الحق من جنس نقد البلد . . بيع به ، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب وله حنطة . . فيباع الثوب بنقد البلد ، ثم تشترى الحنطة بالثوب ، والذي رجحه الرافعي هنا من امتناع البيع بغير نقد البلد سبق له نظير في (باب الفلس) ، وخالف ذلك في بابي (الرهن) و(الوكالة) .

وَٱلْمَأْخُوذُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ فَيَضْمَنُهُ إِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْعِهِ ، وَلاَ يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ إِنْ أَمْكَنَ ٱلِاقْتِصَارُ ، . . . .

فرع :

حقه دراهم صحاح فظفر بمكسرة . . فله أخذها وتملكها بحقه ، ولو استحق مكسرة فظفر بصحاح . . فالمذهب جواز الأخذ ؛ لاتحاد الجنس .

وقيل : فيه الخلاف في اختلاف الجنس ؛ لاختلاف الغرض ، وإذا أخذها . . فليس له تملكها ، ولا يشتري بها مكسرة ، لا متفاضلاً ؛ لما فيه من الربا ، ولا متساوياً ؛ لأنه يجحف بالمأخوذ منه ، لٰكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير ويشتري بها دراهم مكسرة ويتملكها .

قال : (**والمأخوذ مضمون عليه في الأصح**) ؛ لأنه قبضه لغرض نفسه فكان من ضمانه كالمستام ، بل أولىٰ ؛ فإن المالك لم يأذن فيه .

والثاني : لا يضمنه من غير تفريط ؛ لاستحقاقه أخذه وصرف ثمنه في دينه فأشبه المرهون .

وموضع الخلاف إذا تلف قبل التمكن من البيع ، فإن تمكن منه فلم يفعل . . كان ضامناً بلا خلاف .

ويؤخذ من كونه مضموناً عليه قبل البيع أنه لو حدثت فيه زيادة قبل بيعه . . فهي علىٰ ملك المأخوذ منه ، وبه صرح في زوائد « الروضة » .

قال : (**فيضمنه إن تلف قبل تملكه وبيعه**) ، وكذا لو أخر البيع لتقصير فنقصت قيمته . . ضمن النقص ، ولو نقصت ثم ارتفعت ثم تلفت . . ضمن بالأكثر ، فلو اتفق رد العين . . لم يضمن النقص ، وإذا باعه وتملك ثمنه ثم قضى المستحق عليه دينه . . لزمه رد المأخوذ ، ومتى انتفع بالعين المأخوذة قبل التملك . . لزمه أجرتها ، وليس له إبقاؤها في يده رهناً ؛ لأن الرهن عقد لا يقع إلا عن مراضاة .

قال : (**ولا يأخذ فوق حقه إن أمكن الاقتصار**) ؛ لحصول المقصود به ، فإن زاد . . فالزيادة مضمونة عليه على الأصح .

وَلَهُ أَخْذُ مَالِ غَرِيمِ غَرِيمِهِ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ ٱلْمُدَّعِيَ : مَنْ يُخَالِفُ قَوْلُهُ ٱلظَّاهِرَ ،

ثم إن أمكنه بيع قدر حقه منه . . باعه ، وإلا . . باع الجميع ، وأخذ من ثمنه وسعىٰ في رد الباقي ، ويحفظه إلى الإمكان .

قال : (**وله أخذ مال غريم غريمه**) كما يجوز الأخذ من مال الغريم ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أعن أخاك ظالماً أو مظلوماً . . . » الحديث[1] .

والرافعي والمصنف أطلقا المسألة ، وهي تقتضي أنه لا فرق بين أن يكون غريم الغريم جاحداً أم لا ، ولا بين أن يكون ماله من جنس حقه أم لا ؛ فإنه يجوز له نقب جداره وغيره ، وهـٰذا أمر لا يمكن القول به على الإطلاق ، والرافعي إنما نقل هـٰذا الفرع عن البغوي ، والذي يقتضيه كلامه : التصوير بما إذا كان غريم الغريم مماطلاً لغريمه أو جاحداً له ولا بينة ، أما إذا كان مقراً ولا شعور له بالحال . . فصرح القاضي حسين وإبراهيم المروروذي بمنع ذلك ، وهو المعتمد .

فرع :

لزيد علىٰ عمرو دينان ، أحدهما ببينة وقد قبضه والبينة لا تعلم القبض ، والآخر بغير بينة ولم يقبضه . . قال أبو سعد الهروي وشريح الروياني : له أن يدعي به ويقيم البينة بالدين المقبوض ويقبضه عن دينه الآخر ، وصححه في زوائد « الروضة » .

وقال القفال في « الفتاوىٰ » : ليس له ذلك .

قال : (**والأظهر : أن المدعي : من يخالف قوله الظاهر**) وهو براءة الذمة ، ويقابل الأظهر أنه من لو سكت . . خلي ولم يطالب بشيء .

والمدعىٰ عليه : على الأول : من يوافق قوله الظاهر ، وعلى الثاني : من لا يخلىٰ إذا سكت ، والقولان مستنبطان من مسألة اختلاف الزوجين في آنية المنزل ، وقيل : منصوصان .

ولم يذكر الرافعي ولا المصنف هنا شرط المدعي والمدعىٰ عليه ؛ اكتفاء بذكره في

(١) أخرجه البخاري (٢٤٤٣) ، وابن حبان (٥١٦٦) ، والترمذي (٢٢٥٥) ، والبيهقي (٦/ ٩٤) ، وأحمد (٣/ ٩٩) .

وَٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ : مَنْ يُوَافِقُهُ ، فَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجَانِ قَبْلَ وَطْءٍ فَقَالَ : أَسْلَمْنَا مَعاً . . فَٱلنِّكَاحُ بَاقٍ ، وَقَالَتْ : مُرَتَّباً . . فَهُوَ مُدَّعٍ . . . .

أول (دعوى الدم والقسامة) حيث قال : (وإنما تسمع من مكلف ملتزم علىٰ مثله) .

قال : (**والمدعىٰ عليه : من يوافقه**) مثاله : ادعىٰ زيد علىٰ عمرو عيناً أو ديناً فأنكر ، فزيد : مدعٍ على القولين ؛ لأنه لو سكت . . ترك ، والظاهر براءة ذمة عمرو ، وعمرو : مدعىً عليه عليهما ؛ لأنه لا يخلىٰ علىٰ سكوته ، بل يطالب بالجواب ، والظاهر معه ، وإنما تظهر فائدتهما فيما ذكره المصنف .

قال : (**فإذا أسلم زوجان قبل وطء فقال : أسلمنا معاً . . فالنكاح باق ، وقالت : مرتباً . . فهو مدع**) فإن اتفاق إسلامهما دفعة خلاف الظاهر ، وهي مدعىً عليها ؛ لموافقة قولها الظاهر ، فتصدق بيمينها ، وعلىٰ مقابله : هي مدعية وهو مدعىً عليه ؛ لأنه لا يترك إن سكت ، فإنها تزعم انفساخ النكاح ، فيحلف ويستمر ، كذا في « الشرحين » و« الروضة » هنا .

وقال في « الصغير » : سبقت المسألة في (النكاح) ، والذي تقدم في الكتب الثلاثة علىٰ نكاح المشرك تصحيح أن القول قول الزوج ، وهو مخالف لما رجحه هنا في حد المدعي والمدعىٰ عليه .

وعكس مسألة الكتاب لو قال : أسلمت قبلي فلا نكاح ولا مهر ، وقالت : معاً فهما باقيان . . فالقول قوله في الفرقة ، وكذا في المهر إن قلنا : المدعىٰ عليه من يوافق قوله الظاهر ، وقولها إن قلنا : المدعي من لو سكت ترك ، كذا قاله الرافعي ، وهو مشكل ؛ لأنها إن لم تكن قبضت المهر . . فهي مدعية علىٰ كلا القولين ، وإن كانت قد قبضت . . فالزوج مدع به وهو مخلىً وسكوته ، وهي مدعية إن قلنا : المدعي من يدعي خلاف الظاهر .

وقد يكون الشخص مدعياً ومدعىً عليه في المنازعة الواحدة كما في صور الاختلاف في العقود ، وأما الأمناء المصدقون في الرد بأيمانهم . . فإنهم مدعون ؛ لأنهم يزعمون أن الرد الذي هو خلاف الظاهر ، لـكن اكتفي منهم باليمين ؛ لأنهم أثبتوا اليد لغرض المالك وقد ائتمنهم فلا يحسن تكليفهم بينة على الرد .

وَمَتَى ٱدَّعَىٰ نَقْداً . . ٱشْتُرِطَ بَيَانُ جِنْسٍ وَنَوْعٍ وَقَدْرٍ وَصِحَّةٍ وَتَكْسِيرٍ إِنِ ٱخْتَلَفَتْ بِهِمَا قِيمَةٌ ، . . . .

وعلم من ذلك : أن دعوى المدعي تسمع وإن كذبه ظاهر الحال ، كما إذا ادعىٰ ذمي استئجار أمير أو فقيه لعلف دوابه وكنس بيته ، أو أنه أقرض السلطان مالاً ، أو أنه زوجه ابنته ، ومن عرف منه التعنت برفع ذوي الأقدار إلىٰ مجالس القضاة واستحلافهم ليفتدوا منه بشيء ، خلافاً للإصطخري فإنه قال : إذا شهدت قرائن الأحوال بكذب المدعي . . لم يلتفت إلىٰ دعواه .

وعن مالك : لا تسمع دعوى الدنيء على الشريف إذا لم تعرف بينهما مخالطة أو معاملة .

قال : (**ومتى ادعىٰ نقداً . . اشترط بيان جنس ونوع وقدر وصحة وتكسير إن اختلفت بهما قيمة**) أشار بهـٰذا إلىٰ أن شرط الدعوى الصحيحة : أن تكون معلومة ملزمة ، فالشرط الأول : العلم ، فالمدعىٰ به إن كان نقداً . . اشترط ما ذكره المصنف ، فيقول مثلاً : لي عليه مئة درهم فضة كاملية ، ولا خلاف أنه لو ادعىٰ بألف صحاح ومكسرة . . لا يصح .

وحكى الشيخان في (البيع) وجهاً : أنه يصح ، وينبغي طرده في الدعوىٰ ، فلو لم تختلف الصحاح والمكسرة . . لم يحتج إلىٰ ذكر ذلك .

نعم ؛ يستثنىٰ ما إذا كان من دين سلم . . فإنه لا بد من التعرض له وإن لم تختلف القيمة ، وكون الدراهم سوداء أو بيضاء من اختلاف النوع ، وكذلك كون الدنانير مشرقية أو مغربية[1] .

وجميع ما ذكره المصنف في النقد الخالص ، أما المغشوش . . فيذكر قيمته من النقد الآخر ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : قال الرافعي ـ وكأنه جواب علىٰ أنها متقومة ـ : فإن قلنا : مثلية ـ وهو الأصح ـ فينبغي أن لا يشترط التعرض للقيمة ، ومطلق الدينار ينصرف إلى الشرعي فلا حاجة إلىٰ بيان وزنه .

---

(١) في هامش (ز) : (لعدم صحة الاعتياض) .

أَوْ عَيْناً تَنْضَبِطُ كَحَيَوانٍ. . وَصَفَهَا بِصِفَةِ ٱلسَّلَمِ ـ وَقِيلَ : يَجِبُ مَعَهَا ذِكْرُ ٱلْقِيمَةِ ،

قال : (**أو عيناً تنضبط كحيوان. . وصفها بصفة السلم**) ؛ لحصول التمييز بذلك .

قال : (**وقيل : يجب معها ذكر القيمة**) احتياطاً ، وكذلك الحبوب والثياب وغيرها مما يضبط بالصفة ، وقد سبق في (السلم) : أنه يصح في اللؤلؤ الصغار ، فعلىٰ هـٰذا : يثبت في الذمة وتصح الدعوىٰ بها .

واحترز عما لا ينضبط بالصفة كالجواهر واليواقيت ، فتعتبر القيمة فتقول : جوهر قيمته كذا .

وقوله : (معها) يقتضي : أن صفات السلم لا خلاف في اعتبارها ، وهل يجب ذكر القيمة؟ فيه وجهان ، وليس كذلك ؛ فإن القائل بالقيمة لا يوجبها مع الصفات ، بل يكتفي بها عنها كما بينه الرافعي في (باب القضاء على الغائب) ، ولذلك لم يتعرض في « المحرر » لقوله : (معها) ، فهي زيادة مضرة .

تنبيه :

سكت المصنف عن الشرط الثاني للدعوىٰ ، وهو أن تكون ملزمة ، فلو قال : وهب لي كذا أو باع. . لم تسمع دعواه حتىٰ يقول : ويلزمه التسليم إلي ؛ لأنه قد يهب ويبيع ويبطل ذلك قبل القبض ، ولا يشترط أن يقول : هي في يده ؛ لأنه يجوز أن ينازعه ولو لم يكن في يده .

وإذا ادعىٰ ولم يقل للقاضي : مره بالخروج عن حقي ، أو سله جواب دعواه. . طالبه القاضي بذلك علىٰ أقوى الوجهين عند المصنف ، وقيل : لا يطالبه بذلك ، فعلىٰ هـٰذا : طلب الجواب شرط آخر في صحة الدعوىٰ .

فرع :

إذا ادعىٰ داراً. . اشترط تعيينها ، فيذكر بلدها والمحلة والسكة ، وأنها أول دار أو غيرها ، وعن يمين الداخل أو يساره ، ولا يشترط ذكر قيمتها على الأصح ، ولا يكفي

فَإِنْ تَلِفَتْ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ . . وَجَبَ ذِكْرُ ٱلْقِيمَةِ ـ أَوْ نِكَاحاً . . لَمْ يَكْفِ ٱلإِطْلاَقُ فِي ٱلأَصَحِّ ، بَلْ يَقُولُ : « نَكَحْتُهَا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَرِضَاهَا » إِنْ كَانَ يُشْتَرَطُ ، . . . .

ذكر ثلاثة حدود دون الرابع ، كذا قاله الرافعي هنا ، وقدم في (باب الأصول والثمار) فيما إذا باع داراً وذكر لها ثلاثة حدود وجهين ينبغي طردهما هنا .

وقال القاضي حسين : ذكر الحدود الأربعة ليس بشرط حتىٰ لو علمت بحد أو حدين . . كفىٰ .

وتقدم في (القضاء على الغائب) : أن محل هـٰذا في الدار المجهولة عند الحاكم ، أما المشهورة باسم لا يشاركها فيه غيرها في البلد كدار الندوة بمكة . . فإنه يميزها باسمها ، قاله الماوردي ، وقال : يقول في الدعوىٰ بالدار : لي في يده ، ولا يقول : لي عنده ولا عليه ، وفي العبد والدابة يجوز (لي عنده) وفي (لي عليه) خلاف .

قال : (**فإن تلفت وهي متقومة . . وجب ذكر القيمة**) ؛ لأنها الواجبة عند التلف .

فإذا ادعىٰ سيفاً محلىًّ . . ذكره وقيمته بالذهب إن كانت حليته فضة ، وبالفضة إن كانت حليته ذهباً ، قال الأصحاب : لا تصح الدعوىٰ بالمجهول إلا في الوصية على الأصح ؛ لأنها لو لم تسمع . . لأدىٰ إلىٰ ضياعها غالباً ؛ فإن الدعوىٰ بها إنما تكون عند منازعة الورثة ، وفي هـٰذه الحالة يبعد اطلاعه عليها ، وكذلك تسمع دعوى الإقرار بالمجهول على الأصح ، كما يصح الإقرار به ، ودعوى الإبراء من المجهول صحيحة إن صححناه ، وكذلك دعوى الطريق في ملك الغير وحق أجراء الماء .

كل هـٰذا في المطلوب المعين ، أما من حضر لطلب ما يعينه القاضي له كالمفوضة إذا طلبت الفرض والواهب يطلب الثواب ـ علىٰ قولنا : إن الهبة تقتضيه ـ والرضخ والمتعة والحكومة . . فلا يتصور فيها إعلام .

قال : (**أو نكاحاً . . لم يكف الإطلاق في الأصح ، بل يقول : « نكحتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها » إن كان يشترط**) ؛ لأن النكاح فيه حق لله ولآدمي ، وإذا وقع . . لا يمكن استدراكه ، فلا تسمع دعواه إلا مفصلة كالقتل .

فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً . . فَٱلأَصَحُّ : وُجُوبُ ذِكْرِ ٱلْعَجْزِ عَنْ طَوْلٍ وَخَوْفِ عَنَتٍ ، . . . . .

والثاني : يكفي الإطلاق ويكون التعرض لذلك مستحباً ، كما اكتفي به في دعوى استحقاق المال ؛ فإنه لا يشترط فيه ذكر السبب بلا خلاف ، ولأنه ينصرف إلى النكاح الشرعي وهو ما وجدت فيه الشرائط .

والثالث : إن ادعىٰ دوام النكاح . . كفى الإطلاق ، أو ابتداءه . . فلا ؛ لأن ذلك شرط في الابتداء لا في الدوام .

وعبارته تقتضي اشتراط وصف الولي بالرشد والشاهدين بالعدالة ، وهو الأصح ، وقيل : لا يشترط .

قال الرافعي : وقياس الأول وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الولي ، والصحيح : أنه لا يجب التعرض ؛ لعدم الموانع كالعدة والردة والرضاع والإحرام بلا خلاف ؛ لأن الأصل عدمها ، ولأنه يعسر عدها .

هـٰذا إذا ادعىٰ أنه نكحها ، فإن ادعىٰ أنها امرأته . . لم يحتج إلىٰ وصف العقد ؛ لأنه يدعي ملك البضع لا النكاح ، قاله ابن أبي هريرة في « تعليقه » .

وإذا ادعت المرأة النكاح حيث تسمع . . فاشتراط التفصيل وعدمه كاشتراطه في دعوى الزوج .

قال : (**فإن كانت أمة . . فالأصح : وجوب ذكر العجز عن طول وخوف عنت**) ؛ لأن الفروج يحتاط لها كالدماء .

والثاني : المنع ، كما لا يشترط انتفاء الموانع .

فرع :

تصح دعوى النكاح من الزوج على الأب أو الجد إذا كانت الزوجة بكراً بلا خلاف ، فإن أقر . . فذاك ، وإن أنكر . . حلف ، فإن نكل . . حلف الزوج وسلمت إليه .

فرع :

تحته امرأة ادعىٰ شخص زوجيتها . . فالصحيح : أن هـٰذه الدعوىٰ عليها لا على

أَوْ عَقْداً مَالِيّاً كَبَيْعٍ وَإِجَارَةٍ وَهِبَةٍ . . كَفَى ٱلإِطْلَاقُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ . . لَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ ٱلْمُدَّعِي ، فَإِنِ ٱدَّعَىٰ أَدَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَوْ شِرَاءَ عَيْنٍ أَوْ هِبَتَهَا أَوْ إِقْبَاضَهَا . . حَلَّفَهُ عَلَىٰ نَفْيِهِ ، وَكَذَا إِذَا ٱدَّعَىٰ عِلْمَهُ بِفِسْقِ شَاهِدِهِ أَوْ كَذِبِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

الزوج ؛ لأنها لا تدخل تحت يده ، فلو أقام كل منهما بينة . . لم تقدم بينة من هي تحت يده ، بل هما كاثنين أقاما بينتين علىٰ نكاح خلية ، فينظر ، إن أطلقتا أو أرختا بتاريخ واحد . . فمتعارضتان ، ولا قسمة هنا ولا قرعة ، وإن اختلف تاريخهما . . قدمت السابقة ، بخلاف نظيرها من المال علىٰ قول ؛ لأن الانتقال فيه غالب دون النكاح .

قال : (**أو عقداً مالياً كبيع وإجارة وهبة . . كفى الإطلاق في الأصح**) ؛ لأنه أخف حكماً من النكاح ، ولهـٰذا : لا يشترط فيه الإشهاد .

والثاني : يشترط فيقول : تبايعنا بثمن معلوم ونحن جائزا التصرف ، وتفرقنا عن تراض .

والثالث : إن تعلق العقد بجارية . . وجب احتياطاً للبضع ، واختاره الشيخ عز الدين في « القواعد » .

قال : (**ومن قامت عليه بينة . . ليس له تحليف المدعي**) أي : على استحقاق ما ادعاه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ ، ولم يوجب اليمين إلا علىٰ من أنكر ولا بينة .

قال : (**فإن ادعىٰ أداء أو إبراء أو شراء عين أو هبتها أو إقباضها . . حلفه علىٰ نفيه**) ؛ لاحتمال ما يدعيه ، وهـٰذا إذا ادعىٰ حدوث شيء من ذلك بعد قيام البينة ومضيٰ زمن إمكانه ، وإلا . . فلا يلتفت إلىٰ قوله .

نعم ؛ يرد علىٰ قوله : (ادعىٰ أداء) ما سيأتي قبيل قوله : (واليمين تفيد قطع الخصومة) أنه إذا قال الأجير للحج : قد حججت . . قبل قوله ، ولا تلزمه بينة ولا يمين .

قال : (**وكذا إذا ادعىٰ علمه بفسق شاهده أو كذبه في الأصح**) فله تحليفه ؛ لأنه لو أقر له به . . لبطلت الشهادة .

وَإِذَا ٱسْتَمْهَلَ لِيَأْتِيَ بِدَافِعٍ . . أُمْهِلَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ رِقَّ بَالِغٍ فَقَالَ : أَنَا حُرٌّ . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُهُ ، . . . .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يدَّعِ عليه حقاً ، وإنما ادعىٰ عليه أمراً لو ثبت . . نفعه ، وهما جاريان فيما لو ادعى القاذف على المقذوف أنه زنىٰ ، وجواب الأكثرين فيها السماع ، وفيما إذا توجهت علىٰ شخص يمين فقال : قد حلفني مرة أخرىٰ ، لـٰكن لا تسمع الدعوىٰ على القاضي والشاهد بالكذب ، ولا يتوجه عليهما الحلف قطعاً وإن كان ينتفع بذلك ؛ لأن ذلك يؤدي إلىٰ فساد عام كما سيأتي .

قال : (**وإذا استمهل**[1] **ليأتي بدافع . . أمهل ثلاثة أيام**) ؛ لأنها مدة قريبة لا يعظم فيها الضرر ، ومقيم البينة قد يحتاج إلىٰ مثلها للفحص عن الشهود ، وقيل : يوماً فقط ؛ لأنه قد يكون متعنتاً مدافعاً ، ويشبه أن يرجع في ذلك إلىٰ نظر القاضي واجتهاده ، وظاهر عبارته وجوب الإمهال .

وذكر الرافعي في الباب الثاني من (الكتابة) : أن العبد إذا ادعى الأداء وأنكر السيد وأراد العبد إقامة البينة . . أمهل ثلاثة أيام ، قال : وهل ذلك واجب أو مستحب؟ وجهان .

قال : (**ولو ادعىٰ رق بالغ**) عاقل ؛ أي : مجهول النسب (**فقال : أنا حر . . فالقول قوله**) ؛ لأن الأصل الحرية فدعواه موافقة لها ، هـٰذا إذا قال : أنا حر الأصل ، فلو قال : أعتقتني أو أعتقني الذي باعني منك . . لم يقبل منه إلا ببينة ، وإذا قلنا : القول قوله في ادعاء الحرية الأصلية . . فلا فرق في ذلك بين أن يكون المدعي استخدمه وتسلط عليه قبل ذلك أم لا ، وسواء جرىٰ عليه البيع مراراً وتداولته الأيدي أم لا .

فرع :

أقام المدعي بينة برقه ، وأقام هو بينة أنه حر الأصل . . أطلق البغوي وغيره أن بينة الرق أولىٰ ؛ لأن معها زيادة علم وهو إثبات الرق ، وحكى الهروي عن الأصحاب أن بينة الحرية أولىٰ ، خلافاً لابن سريج ، وكذا قاله شريح في « روضة الأحكام » .

---

(١) في هامش (ز) : ([أي] : من قامت عليه البينة وهو المدعىٰ عليه) .

أَوْ رِقَّ صَغِيرٍ لَيْسَ فِي يَدِهِ . . لَمْ يُقْبَلْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، أَوْ فِي يَدِهِ . . حُكِمَ لَهُ بِهِ إِنْ لَمْ يَعْرِفِ ٱسْتِنَادَهَا إِلَى ٱلْتِقَاطٍ ، فَلَوْ أَنْكَرَ ٱلصَّغِيرُ وَهُوَ مُمَيِّزٌ . . فَإِنْكَارُهُ لَغْوٌ ، وَقِيلَ : كَٱلْبَالِغِ ، وَلاَ تُسْمَعُ دَعْوَىٰ دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

فرع :

قال القفال : لا تجوز الشهادة لغريب بأنه حر الأصل ، وإنما تجوز إذا عرف حال أبيه وأمه والنكاح وحدوثه بينهما وإن لم يشاهد الولادة ، كما تجوز بالبينة .

قال : (**أو رق صغير ليس في يده . . لم يقبل إلا ببينة**) ؛ لأن الأصل عدم الملك ، والظاهر : أن المجنون البالغ كالصغير .

قال : (**أو في يده . . حكم له به إن لم يعرف استنادها إلى التقاط**) كما لو ادعى الملك في دابة أو ثوب في يده .

وحكى الدارمي وجهاً : أنه لا تقبل دعواه حتىٰ يبين سببه كاللقيط يدعي رقه ، وحيث حكمنا به . . فلا بد أن يحلف ؛ لخطر شأن الحرية على المنصوص ، وهـٰذه المسألة تقدمت في الكتاب في (باب اللقيط) .

قال : (**فلو أنكر الصغير وهو مميز . . فإنكاره لغو**) كما لو كان غير مميز ؛ إذ لا عبرة بقوله .

قال : (**وقيل : كالبالغ**) ؛ لأنه يعرب عن نفسه ، وله كلام معتبر ، فيحتاج مدعي الرق إلىٰ بينة ، فإن حكمنا له برقه في الصغر فبلغ وأنكر الرق . . فالأصح : استمرار الرق حتىٰ تقوم بينة بخلافه .

قال : (**ولا تسمع دعوىٰ دين مؤجل في الأصح**) ؛ لأنه لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال فيفوت نظام الدعوىٰ .

والثاني : تسمع ليثبت في الحال ويطالب به في المستقبل ، فقد يموت من عليه فيتعجل الطلب .

والثالث : تسمع إن كان له بينة ليسجل فيأمن غيبتها وموتها ، وإلا . . فلا ، ولم يصرح في « الشرح الصغير » ولا في « المحرر » بترجيح ، إنما قال : رجح المنع ،

فَصْلٌ :

أَصَرَّ ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ عَلَى ٱلسُّكُوتِ عَنْ جَوَابِ ٱلدَّعْوَىٰ . . جُعِلَ كَمُنْكِرٍ نَاكِلٍ ،

وذكر في « الكبير » أنه الجواب في « فتاوى القفال » ، وجزم في متن « الروضة » بأنه الأصح ، والأقرب إلىٰ نص الشافعي الوجه المفصل .

تتمة :

هـٰذا إذا كان الدين كله مؤجلاً ، فلو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً . . صحت الدعوىٰ به ، فيدعي بجميعه ؛ لاستحقاق المطالبة بالبعض ، ويكون المؤجل باقياً ، كذا صرح به الماوردي ، ثم استثنىٰ صورة ثانية وهي المؤجل إذا وجب بعقد ، كالمسلم فيه إذا ادعىٰ به صاحبه قاصداً بدعواه تصحيح العقد . . فإن الدعوىٰ تصح ؛ لأن المقصود منه مستحق في الحال ، ونازعه في ذلك ابن أبي الدم .

قال : (**فصل :**

أصرالمدعىٰ عليه على السكوت عن جواب الدعوىٰ . . جعل كمنكر ناكل) فترد اليمين على المدعي ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين علىٰ طالب الحق ، رواه الحاكم عن ابن عمر وقال : صحيح الإسناد ، وخرجه الدارقطني [٤/١٥٧] بإسناد فيه مجاهيل ، و روى الشافعي في « المختصر » عن عمر أنه قضىٰ بذلك ، ولأن النكول كما يحتمل أن يكون تحرزاً عن اليمين الكاذبة يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة ، فلا يقضي به مع التردد والاحتمال .

وعند أبي حنيفة وأحمد : يقضي على المدعىٰ عليه بنكوله .

و(الناكل) عن الشيء : الممتنع منه ، يقال : نكل عن الشيء بفتح الكاف على المشهور ينكل بالضم نكولاً .

ولو لم يعرف المدعي تحويل اليمين إليه بنكول المدعىٰ عليه . . عرفه القاضي ، وبين أنه إن حلف . . استحق ، وإنما يحصل النكول بأن يعرض القاضي اليمين عليه فيمتنع .

وإمساك الأخرس المفهم الإشارة عن الجواب كسكوت الناطق ، ومن لا يفهم لا تسمع الدعوىٰ عليه .

فَإِنِ ٱدَّعَىٰ عَشَرَةً فَقَالَ : لاَ تَلْزَمُنِي ٱلْعَشَرَةُ . . لَمْ يَكْفِ حَتَّىٰ يَقُولَ : وَلاَ بَعْضُهَا ، وَكَذَا يَحْلِفُ ، فَإِنْ حَلَفَ عَلَىٰ نَفْيِ ٱلْعَشَرَةِ وَٱقْتَصَرَ عَلَيْهِ . . فَنَاكِلٌ ، فَيَحْلِفُ ٱلْمُدَّعِي عَلَى ٱسْتِحْقَاقِ دُونِ ٱلْعَشَرَةِ بِجُزْءٍ وَيَأْخُذُهُ . وَإِذَا ٱدَّعَىٰ مَالاً مُضَافاً إِلَىٰ سَبَبٍ كَأَقْرَضْتُكَ كَذَا . . كَفَاهُ فِي ٱلْجَوَابِ : لاَ تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئاً ، . . . .

وقوله : لي عن هـٰذه الدعوىٰ مخرج ، ليس بإقرار ؛ لاحتمال الخروج بالنكول ، قال القاضي أبو سعيد : وكذا لو قال : لك علي أكثر مما ادعيت ، أو قال : الحق أحق أن يؤدىٰ . . لم يكن إقراراً ؛ لأن المعنىٰ حيث يكون حقاً ، فأما أنا . . فبريء .

قال : (**فإن ادعىٰ عشرة فقال : لا تلزمني العشرة . . لم يكف حتىٰ يقول : ولا بعضها ، وكذا يحلف**) أي إن حلف ؛ لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها ، ولا بد أن يطابق الإنكار واليمين دعواه .

وعن القاضي حسين : أنه لا يكلف في الإنكار بقول : ولا شيء منها ، وإنما يكلف ذلك في اليمين .

قال : (**فإن حلف علىٰ نفي العشرة واقتصر عليه . . فناكل**) أي : فيما دونها ، (**فيحلف المدعي على استحقاق دون العشرة بجزء ويأخذه**) ؛ لأن ذلك طريق لأخذ حقه .

فرع :

ادعىٰ عليه ألفاً فقال : لا أحلف وأعطي المال . . لا يجب على المدعي قبوله من غير إقرار ، وله تحليفه ؛ لأنه لا يأمن أن يدعي عليه بما دفعه إليه بعد هـٰذا ، وكذلك لو نكل عن اليمين وأراد المدعي أن يحلف يمين الرد فقال المدعىٰ عليه : أنا أبذل المال بلا يمين . . له أن يحلف ، ويقول له الحاكم : إما أن تقر بالحق أو يحلف المدعي بعد نكولك ، قاله البغوي والمروروذي وغيرهما .

قال : (**وإذا ادعىٰ مالاً مضافاً إلىٰ سبب كأقرضتك كذا . . كفاه في الجواب : لا تستحق علي شيئاً**) ؛ لأن المدعي قد يكون صادقاً في الإقراض وعرض ما يقتضي إسقاطه من أداء أو إبراء ، فلو نفى السبب . . كذب ، أو اعترف به وادعى المسقط . .

أَوْ شُفْعَةً . . كَفَاهُ : لاَ تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئاً ، أَوْ لاَ تَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ ٱلشِّقْصِ ، وَيَحْلِفُ عَلَىٰ حَسَبِ جَوَابِهِ هَـٰذَا ، فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ ٱلسَّبَبِ ٱلْمَذْكُورِ . . حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : لَهُ ٱلْحَلِفُ بِٱلنَّفْيِ ٱلْمُطْلَقِ ، . . . .

طولب ببينة ، وقد يعجز عنها فيقبل الإطلاق للضرورة .

قال : (**أو شفعة . . كفاه : لا تستحق علي شيئاً ، أو لا تستحق تسليم الشقص**) ، وكذا إذا قال : غصبت عبدي فتلف عندك ، أو مزقت ثوبي وأنا مطالبك بالبدل ، أو بعتك داري وأطلب الثمن ؛ لأن المدعي قد يكون صادقاً في البيع والشراء والغصب والتمزيق وعرض ما يسقط الحق كما تقدم ، فاقتضت الحاجة قبول الجواب المطلق ، لـٰكن يستثنىٰ من إطلاقه ما إذا ادعىٰ عليه وديعة . . فلا يكفي في الجواب : لا يلزمني تسليم شيء إليك ؛ لأن المودع لا دفع عليه ، إنما تلزمه التخلية .

والجواب الصحيح : أن ينكر أصل الإيداع ، أو يقول : هلكت في يدي ، أو رددتها ، حكاه الرافعي في آخر (الدعاوىٰ) عن أبي عاصم العبادي وبحث فيه .

قال المصنف في زوائده : (قلت : الذي قاله ابن القاص صحيح) وتعبيره بابن القاص سبق قلم .

قال : (**ويحلف علىٰ حسب جوابه هـٰذا**) فإن أجاب بالإطلاق . . حلف كذلك ، ولم يكلف التعرض لنفي السبب ، وإن تعرض لنفيه في اليمين . . جاز .

قال : (**فإن أجاب بنفي السبب المذكور . . حلف عليه**) ؛ لتحصل المطابقة بين اليمين والإنكار (**وقيل : له الحلف بالنفي المطلق**) كما له أن يجيب به في الابتداء .

فرع :

تقدم في (باب الإقرار) أنه لو ادعىٰ عليه شخص مئة فقال : قبضت خمسين . . لم يكن مقراً بالمئة ، وكذا لو قال : قضيت منها خمسين ، كذا في « الروضة » ، وفيه نظر ، وجزم في « التنبيه » بأنه لو قال : قضيته . . كان إقراراً بالحق ، وأقره عليه في « التصحيح » .

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ مَرْهُونٌ أَوْ مُكْرىً وَٱدَّعَاهُ مَالِكُهُ . . كَفَاهُ : لاَ يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ ، فَلَوِ ٱعْتَرَفَ بِٱلْمِلْكِ وَٱدَّعَى ٱلرَّهْنَ أَوِ ٱلإِجَارَةَ . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا وَخَافَ أَوَّلاً إِنِ ٱعْتَرَفَ بِٱلْمِلْكِ جَحْدَهُ ٱلرَّهْنَ وَٱلإِجَارَةَ . . فَحِيلَتُهُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ ٱدَّعَيْتَ مِلْكاً مُطْلَقاً . . فَلاَ يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ ، وَإِنْ ٱدَّعَيْتَ مَرْهُوناً . . فَٱذْكُرْهُ لِأُجِيبَ ، . . . .

قال : (**ولو كان بيده مرهون أو مكرىً وادعاه مالكه . . كفاه : لا يلزمني تسليمه**) ؛ لأنه جواب صحيح ولا يجب التعرض للملك .

قال : (**فلو اعترف بالملك وادعى الرهن أو الإجارة**) أي : وكذبه المدعي (. . **فالصحيح : أنه لا يقبل إلا ببينة**) ؛ لأن الأصل عدم ما ادعاه .

والثاني : القول قوله ؛ لأن اليد تصدقه في ذلك .

قال : (**فإن عجز عنها وخاف أولاً إن اعترف بالملك جحده الرهن والإجارة . . فحيلته أن يقول : إن**) كنت (**ادعيت ملكاً مطلقاً . . فلا يلزمني تسليمه ، وإن ادعيت مرهوناً . . فاذكره لأجيب**) هـٰذه الكيفية ذكرها القفال .

وقال القاضي حسين : لا يسمع الجواب مع التردد ، بل حيلته أن يجحد ملكه إن جحد صاحب الدين والرهن أخذاً من الظفر بغير جنس الحق .

وعلىٰ عكسه : لو ادعى المرتهن وخاف الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدين . . فعلى المجزوم به في الكتاب : يفصل فيقول : إن ادعيت ألفاً لي عندك بها كذا رهناً . . فاذكره حتىٰ أجيب ، وإن ادعيت ألفاً مطلقاً . . فلا يلزمني .

وعلى الثاني : صارت العين مضمونة عليه بالجحود ، فلمن عليه الدين أن يجحده ويجعل هـٰذا بذاك بشرط التساوي .

فرع :

ادعت علىٰ رجل ألفاً صداقاً . . يكفيه أن يقول : لا يلزمني تسليم شيء إليها .

قيل للقفال : هل للقاضي أن يقول : هل هي زوجتك؟ فقال : ما للقاضي ولهـٰذا

وَإِذَا ٱدَّعَىٰ عَلَيْهِ عَيْناً فَقَالَ : لَيْسَ هِيَ لِي ، أَوْ هِيَ لِرَجُلٍ لاَ أَعْرِفُهُ ، أَوْ لِابْنِي ٱلطِّفْلِ ، أَوْ وَقْفٌ عَلَى ٱلْفُقَرَاءِ ، أَوْ مَسْجِدِ كَذَا . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ تَنْصَرِفُ ٱلْخُصُومَةُ وَلاَ تُنْزَعُ مِنْهُ ، بَلْ يُحَلِّفُهُ ٱلْمُدَّعِي أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ ٱلتَّسْلِيمُ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ .

السؤال ، لٰكن لو سأل فقال : نعم . . قضىٰ عليه بمهر المثل ، إلا أن يقيم البينة أنه نكحها بكذا فلا يلزمه أكثر منه .

قال : (**وإذا ادعىٰ عليه عيناً فقال : ليس هي لي ، أو هي لرجل لا أعرفه ، أو لابني الطفل ، أو وقف على الفقراء ، أو مسجد كذا . . فالأصح : أنه لا تنصرف الخصومة ولا تنزع منه ، بل يحلفه المدعي أنه لا يلزمه التسليم إن لم تكن بينة**) أما إذا اقتصر علىٰ قوله : (**ليس هو لي**) أو (**هو لرجل لا أعرفه**) . . ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يسلم المال إلى المدعي ؛ إذ لا مزاحم .

والثاني : تصرف الخصومة عنه ؛ لأنه تبرأ من المدعي ، وينزع الحاكم المال من يده ، فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق . . أخذه ، وإلا . . حفظه إلىٰ أن يظهر مالكه .

والثالث : الأصح ـ كما قال المصنف ـ : لا تنصرف الخصومة ولا ينزع المال من يده ، لأن الظاهر أن ما في يده ملكه ، وما صدر عنه ليس بمزيل ، ولا يظهر لغيره استحقاقه .

ولو قال في الجواب : نصفه لي ونصفه لآخر . . ففي النصف الآخر الأوجه الثلاثة .

وأما إذا أضافه إلىٰ معلوم . . فالمضاف إليه ضربان :

أحدهما : أن تمتنع مخاصمته وتحليفه ، كما إذا قال : هو وقف على الفقراء ، أو على المسجد الفلاني ، أو على ابني الطفل . . ففي هٰذه قطع الغزالي والشيخ أبو الفرج بأن الخصومة تنصرف ، ولا سبيل إلىٰ تحليف الولي ولا الطفل ، وقال البغوي : لا تسقط الدعوىٰ بهٰذا ، فإن أقام بينة . . أخذه ، وإلا . . حلف المدعىٰ عليه أنه لا يلزمه تسليمه إذا كان هو قيم الطفل .

والثاني : أشار إليه المصنف حيث قال :

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ يُمْكِنُ مُخَاصَمَتُهُ وَتَحْلِيفُهُ . . سُئِلَ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ . . صَارَتِ ٱلْخُصُومَةُ مَعَهُ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ . . تُرِكَ فِي يَدِ ٱلْمُقِرِّ ، وَقِيلَ : يُسَلَّمُ إِلَىٰ يَدِ ٱلْمُدَّعِي ، وَقِيلَ : يَحْفَظُهُ ٱلْحَاكِمُ لِظُهُورِ مَالِكٍ . وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِغَائِبٍ . . فَٱلأَصَحُّ : ٱنْصِرَافُ ٱلْخُصُومَةِ عَنْهُ ، وَيُوقَفُ ٱلأَمْرُ حَتَّىٰ يَقْدَمَ ٱلْغَائِبُ ، فَإِنْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ . . قَضَىٰ بِهَا ، وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَىٰ غَائِبٍ ، فَيَحْلِفُ مَعَهَا ، وَقِيلَ : عَلَىٰ حَاضِرٍ ، . . . .

(**وإن أقر به لمعين حاضر يمكن مخاصمته وتحليفه . . سئل ، فإن صدقه . . صارت الخصومة معه**) ؛ لأنه المجيب عن ذلك .

قال : (**وإن كذبه . . ترك في يد المقر**) ؛ لأنا لم نعرف مالكه ، والمقر أولىٰ بحفظه ؛ فإن يده تشعر بالملك ظاهراً ، والإقرار الطارىء عارضه إنكار المقر له فسقط .

قال : (**وقيل : يسلم إلى المدعي ، وقيل : يحفظه الحاكم لظهور مالك**) هـٰذه الأقوال تقدمت في (الإقرار) و(الشفعة) وفي (النكاح) فيما إذا ادعىٰ كل من الزوجين سبق النكاح .

قال : (**وإن أقر به لغائب . . فالأصح : انصراف الخصومة عنه ، ويوقف الأمر حتىٰ يقدم الغائب**) ؛ لأن المال بظاهر الإقرار لغيره .

والثاني ـ وهو ظاهر نص « المختصر » ، وبه قال أبو حنيفة ـ : لا ينصرف ؛ لأن المال في يده ، والظاهر : أنه له ، فلا يمكن من صرف الخصومة عنه بالإضافة إلىٰ غائب قد يرجع وقد لا يرجع .

ويخالف ما إذا أضاف إلىٰ صبي أو مجنون ، فإن هناك تمكن مخاصمة وليه .

قال : (**فإن كان للمدعي بينة . . قضىٰ بها**) أي : وسلمت له العين (**وهو قضاء علىٰ غائب ، فيحلف معها**) كما تقدم في بابه .

قال : (**وقيل : علىٰ حاضر**) فلا يحلف معها ، وإن لم تكن بينة . . فله تحليف المدعىٰ عليه أنه لا يلزمه تسليمه إليه ، فإن نكل . . حلف المدعي وأخذ المال من يده .

وَمَا قُبِلَ إِقْرَارُ عَبْدٍ بِهِ كَعُقُوبَةٍ . . فَٱلدَّعْوَىٰ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ ٱلْجَوَابُ ، وَمَا لاَ كَأَرْشٍ . . فَعَلَى ٱلسَّيِّدِ . . . .

ثم إذا عاد الغائب وصدق المقر . . رد المال عليه بلا حجة ؛ لأن اليد له بإقرار صاحب اليد ، والمصنف تبع في ترجيح الأول قول الرافعي : إنه أقوىٰ مع النص ، وهو في ذلك تابع لاختيار الإمام ، والصواب : ترجيح الثاني ؛ فإنه المنصوص في « الأم » و« المختصر » .

قال في « البحر » : ولا معنىٰ للوجهين مع النص ، وهو الذي رجحه العراقيون ، ومال إليه الماوردي وغيره .

ومحل الوجهين إذا لم تكن مع صاحب اليد بينة تشهد بالملك للغائب ، فإن كانت . . سمعت ، وحكم بأنها للغائب في الظاهر ، ويكون القضاء عليه وجهاً واحداً ، ويحتاج المدعي أن يحلف مع البينة هٰهنا بلا خلاف .

قال : (**وما قبل إقرار عبد به كعقوبة**) أي : من حد أو قصاص (. . **فالدعوىٰ عليه ، وعليه الجواب**) أي : الجواب المطلوب منه قطعاً ؛ لأن أثر ذلك يعود عليه .

وشمل قوله : (كعقوبة) التعزير لحق الآدمي ، وأما حدود الله تعالىٰ . . فلا دعوىٰ فيها .

قال : (**وما لا**) أي : وما لا يقبل فيه (**كأرش**) وكذلك ضمان المتلفات (. . **فعلى السيد**) فيتوجه فيه عليه ؛ لأن الرقبة التي هي متعلقها حقه ، فلو وجهت هنا على العبد . . فوجهان : اختار الإمام والغزالي المنع ، والمقطوع به في « المهذب » السماع إن كان للمدعي بينة ، أو لم تكن وقلنا : المردودة كالبينة ، وإلا . . فلا .

قال الرافعي : وفي كل منهما إشكال ، قال : والمتوجه أن يقال : تسمع لإثبات الأرش في ذمته لا لتعلقه برقبته ، لٰكن يرد على المصنف أنه قد يدعىٰ على العبد بما لا يقبل إقراره به ، وذلك في دعوى القتل خطأ أو شبه عمد في محل اللوث ، فإنها تكون على العبد ، ولا يقبل إقراره به ؛ لأن الولي يقسم وتتعلق الدية برقبة العبد ، صرح به الرافعي في الشرط الرابع في (كتاب القسامة) .

فَصْلٌ :

تُغَلَّظُ يَمِينُ مُدَّعٍ وَمُدَّعىً عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلاَ يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ ، وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نِصَابَ زَكَاةٍ ، . . . .

وفهم من كلام المصنف أن الدعوىٰ على المأذون له في التجارة فيما يتعلق بها تكون عليه ، وهو كذلك .

تتمة :

في « فتاوى القاضي حسين » : لو ادعىٰ نكاح مكاتبة ـ وصححناه ـ فالدعوىٰ عليها وعلى السيد جميعاً ؛ لأنه لا بد من اجتماعهما على التزويج ، فلو أقر السيد وأنكرت . . حلفت ، فإن نكلت وحلف المدعي . . حكم بالزوجية ، ولو أقرت وأنكر السيد . . حلف السيد ، فإن نكل . . حلف المدعي وحكم له بالنكاح ، ويأتي مثل هـٰذا في المبعضة .

قال : (**فصل :**

تغلظ يمين مدع ومدعىً عليه فيما ليس بمال ولا يقصد به مال) كدعوى النكاح والطلاق والرجعة والإيلاء واللعان والنسب والعتق والولادة والوكالة والشركة والقراض والوصاية والرضاع وعيوب النساء .

وضابطه : كل ما لا يثبت إلا بشاهدين ؛ لأن اليمين موضوعة للزجر عن التعدي فيشرع فيها التغليظ مبالغة وتأكيداً للردع ، فاختص بما هو متأكد في نظر الشرع .

وتوقف الإمام في الوكالة وقال : التغليظ أن يكون فيما يعظم خطره ، والوكالة في درهم لا تزيد علىٰ ملك الدرهم ، فلا يبعد منع التغليظ فيها ، ولـٰكن إطلاق الأصحاب ما قدمناه ، والذي قاله ظاهر .

قال : (**وفي مال يبلغ نصاب زكاة**) ؛ لما تقدم في (اللعان) : أن عبد الرحمن بن عوف رأىٰ قوماً يحلفون بين البيت والمقام فقال : (أعلىٰ دم؟ قالوا : لا ، قال : أفعلىٰ عظيم من المال؟ قالوا : لا ، قال : لقد خشيت أن يتهاون الناس

بهـٰذا البيت ـ أي : ما يأنسوا به ـ فتذهب هيبته)[1] فهـٰذا يدل علىٰ أن التغليظ في الدماء والخطير من الأموال كان معروفاً عندهم ، فألحق بهما ما في معناهما .

وخالف الإقرار حيث قبل في تفسير العظيم فيه أقل ما يتمول ؛ فإن الأصل فيه براءة الذمة .

والتقييد بالنصاب يفهم أن ما دونه لا تغليظ فيه ، وهو كذلك ، لـٰكن استثنى الشيخان من ذلك تبعاً للبغوي أن القاضي إذا رأىٰ من الحالف جرأة ورأى التغليظ . . جاز ، وحكاه ابن الرفعة عن القاضي حسين .

واقتضىٰ كلامه : أن المشهور خلافه ، والمشهور : أن النصاب هنا تحديد ، وفي الترغيب في كونه تقريباً أو تحديداً قولان .

والمراد : نصاب الزكاة عيناً أو قيمة ، وهو عشرون ديناراً ، أو مئتا درهم خالصاً ، أو ما بلغت قيمته نصاباً بأحدهما ، فإن لم يبلغ ذلك . . فلا .

وفي وجه شاذ : أن المعتبر نصاب زكاة ما كان ، ويلزم منه التغليظ في خمسة أوسق شعيراً و ذرة ونحوها تساوي ثلاثين درهماً ، وهـٰذا الوجه مع شذوذه ظاهر عبارة المصنف ، وهو غير مراد .

وفي ثالث : أن المعتبر النصاب الخالص من الذهب المطبوع من النقد الغالب بالبلد أو قيمته ، قاله الماوردي .

وعن مالك : تغلظ في نصاب السرقة ، وفي وجه غريب : تغلظ في المال الواجب بالجناية عمداً أو خطأً وإن قل .

وعن ابن جرير : التغليظ يجري في قليل المال وكثيره ، ووهم صاحب « البيان » في نسبته إلى ابن خيران .

قال : (**وسبق بيان التغليظ في اللعان**) أي : بالزمان والمكان ، وتقدم هناك أنه مستحب لا واجب ، لـٰكن هناك التغليظ يكون بحضور جمع ولم يذكروه هنا ، قاله

---

(١) أخرجه البيهقي (١٠/ ١٧٦) .

. . . .

الرافعي ، ويشبه مجيئه في يمين تتعلق بإثبات حق أو دفعه كاللعان .

قال المصنف : الصواب القطع بعدم اعتباره هنا ، ومن به مرض أو زمانة لا تغليظ عليه في المكان ؛ لعذره ، وكذا الحائض ؛ إذ لا يمكنها اللبث في المسجد ، كذا قاله الرافعي ، ونازعه في « المهمات » .

ويكون التغليظ أيضاً بزيادة الأسماء والصفات كقوله : والله الذي لا إلـٰه إلا هو ، عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، أو يقول : بالله الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذي يعلم السر وأخفىٰ ؛ لأن القصد الإتيان بغير ما ألفه الناس من أيمانهم ؛ ليكون أردع عن اليمين الفاجرة .

فإن كان يهودياً . . فقد تقدم أنه يحلف بالله الذي أنزل التوراة علىٰ موسىٰ ونجاه من الغرق ، وإن كان نصرانياً . . حلف بالله الذي أنزل الإنجيل علىٰ عيسىٰ ، وإن كان مجوسياً[1] حلف بالله الذي خلقه وصوره ، وإن اقتصر على الاسم وحده . . جاز .

فرع :

قال الماوردي والروياني : لا يجوز أن يحلف أحد بطلاق أو عتاق أو نذر ؛ لأنها تخرج عن حكم اليمين إلىٰ إيقاع فرقة والتزام غرم ، وهو مستبدع ، وقد قال الشاعر [من الطويل] :

رأيت كليباً أحدثت في قضائها   طلاق نساء لم يسوقوا لها مهرا

قال الشافعي رضي الله عنه : ومتىٰ بلغ الإمام أن حاكماً يستحلف الناس بالطلاق أو العتاق . . عزله عن الحكم ؛ لأنه جاهل .

وقال ابن المنذر : لا أعلم أحداً من أهل العلم يرى الاستحلاف بذلك .

ثم التغليظ يكون بطلب الخصم ، والأصح : أن للقاضي أن يغلظ وإن لم يطلبه الخصم كما صححه في « الشرح الصغير » ، واستحسن بعضهم أن يحلف قائماً في جميع الأيمان كما في (اللعان) ، ذكره ابن الصباغ .

(١) في هامش (ز) : (أو وثنياً) .

. . . .

فروع :

من أنواع التغليظ : أن يجعل المصحف في حجر الحالف حالة حلفه[١] ، ويضع يده عليه ، قال الشافعي : وكان ابن الزبير ومطرف قاضي صنعاء يحلفان به ، واستحسن الشافعي مع ذلك أن يقرأ : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ﴾ الآية .

واستحب بعضهم قراءة قوله عليه الصلاة و السلام : « من حلف يميناً فاجرة ليقتطع بها مال امرىءٍ مسلم . . لقي الله وهو عليه غضبان »[٢] .

قال القاضي : ويكسر على اليهودي سبته ويخرج للتحليف والدعوىٰ ، وإذا غلظ القاضي عليه بلفظ فامتنع واقتصر على اسم الله . . فالأصح : أنه يكون بذلك ناكلاً ؛ لأنه ليس له رد اجتهاد القاضي .

ولو قال له الحاكم : قل والله ، فقال : والرحمن . . كان ناكلاً قطعاً ، ولو قال : قل والله أو بالله ، فقال : تالله . . ففي جعله ناكلاً وجهان ، وسواء الرجال والنساء والعبيد والإماء والمدعي والمدعىٰ عليه في اليمين المردودة واليمين مع الشاهد في التغليظ إذا كانوا مسلمين ، والأصح : أن المخدرة تخرج للتغليظ ، وتحلف متنقبة .

وقال الماوردي : لا يجوز أن ينقل مستحلف من بلد ليغلظ يمينه بمكة أو المدينة ، فإن قيل : فكيف كتب الصديق إلى المهاجر بن أبي أمية أخي أم سلمة أن يرسل إليه قيس بن مكشوح في وثاق من اليمن إلى المدينة حتىٰ يحلفه بها؟ ونقل عمر أهل القسامة من مسافة اثنين وعشرين يوماً إلىٰ مكة حتىٰ أحلفهم على الحجر الأسود . . فالجواب : أن ذلك فعل من جهة السياسة الشرعية المعتبرة بالرأي والمصلحة .

---

(١) في هامش (د) : (في الحديث : « اليمين الكاذبة تدع الديار بلاقع » .
« البلاقع » : جمع بلقع وبلقعة ، وهي : الأرض القفر التي لاشيء بها ، يريد أن الحالف بها يفتقر ويذهب مافي بيته من الرزق ، وقيل : هو أن يفرق الله شمله ، ويغير عليه ما أولاه من نعمه) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٤١٧) ، ومسلم (١٣٨/ ٢٢٢) .

وَيَحْلِفُ عَلَى ٱلْبَتِّ فِي فِعْلِهِ ، وَكَذَا فِعْلُ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتاً ، وَإِنْ كَانَ نَفْياً . . فَعَلَىٰ نَفْيِ ٱلْعِلْمِ . وَلَوِ ٱدَّعَىٰ دَيْناً لِمُوَرِّثِهِ فَقَالَ : أَبْرَأَنِي . . حَلَفَ عَلَىٰ نَفْيِ ٱلْعِلْمِ بِٱلْبَرَاءَةِ ، . . . .

قال : (**ويحلف على البت**) أي : القطع والجزم (**في فعله**) نفياً كان أو إثباتاً ؛ لأنه يعلم حال نفسه ويطلع عليها ، هـٰكذا أطلقوه ، وهو محمول علىٰ ما إذا صدر الفعل منه في حال عقله وتمييزه ، فلو صدر منه في جنونه أو إغمائه أو سكره الطافح ، وتوجهت عليه اليمين بعد كماله . . فلا يظهر التوجيه المذكور .

قال : (**وكذا فعل غيره إن كان إثباتاً**) فيحلف فيه على البت ؛ لأنه يسهل الوقوف عليه .

قال : (**وإن كان نفياً . . فعلىٰ نفي العلم**) ؛ لأن النفي المطلق يعسر الوقوف علىٰ سببه ، ولهـٰذا لا تجوز الشهادة على النفي فيقول : والله ما علمت أنه فعل كذا ، أو ما أشبه ذلك .

قال ابن الصلاح : إلا أن يكون فعل الغير منسوباً إلى الحالف . . فيحلف على البت .

فلو حلف على البت . . اعتد به ؛ لأنه قد يعلم ذلك ، أما لو حلفه علىٰ نفي العلم والحال يقتضي الحلف على البت . . فلا يعتد بذلك قطعاً .

ومراد المصنف بالنفي : المطلق لا المحصور ؛ لأنه صرح في آخر هـٰذا الباب أنه كالإثبات لإمكان الإحاطة به ، فعلىٰ هـٰذا : يحلف في مثله على البت وإن كان ينفي فعل الغير ، كما تجوز الشهادة به .

وظاهر عبارته حصر اليمين في فعله وفعل غيره ، وقد تكون اليمين علىٰ تحقق موجود لا علىٰ فعل ينسب إليه ولا إلىٰ غيره ، كما إذا قال لزوجته : إن كان هـٰذا الطائر غراباً . . فأنت طالق ، فطار ولم يعرف ، وادعت أنه غراب وأنكر ، وقد قال الإمام : إنه يحلف فيه على البت .

قال : (**ولو ادعىٰ ديناً لمورثه فقال : أبرأني . . حلف علىٰ نفي العلم بالبراءة**) ؛ لأنه حلف علىٰ نفي العلم ، وكذا إذا ادعىٰ أنه استوفاه منه .

وَلَوْ قَالَ : جَنَىٰ عَبْدُكَ عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا . . فَٱلأَصَحُّ : حَلِفُهُ عَلَى ٱلْبَتِّ . قُلْتُ : وَلَوْ قَالَ : جَنَتْ بَهِيمَتُكَ . . حَلَفَ عَلَى ٱلْبَتِّ قَطْعاً ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَيَجُوزُ ٱلْبَتُّ بِظَنٍّ مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطَّهُ أَوْ خَطَّ أَبِيهِ ، . . . .

قال : (**ولو قال : جنىٰ عبدك علي بما يوجب كذا . . فالأصح : حلفه على البت**) ؛ لأن فعل عبده كفعل نفسه ، ولذلك سمعت الدعوىٰ عليه .

والثاني : علىٰ نفي العلم ؛ لأنه يتعلق بالغير .

وأطلق المصنف (العبد) ولم يفرق بين الحاضر والغائب ، ولا بين المأذون وغيره ، والمكاتب وغيره ، ولا نص في ذلك .

ولو مات المأذون أو المكاتب أو عامل القراض الحر وقد عاملا ودعت الحاجة إلىٰ تحليف المالك نفياً أو إثباتاً . . فكيف الحال إذا لم يكن له اطلاع علىٰ تصرفهما؟ هل يحلف على البت أو علىٰ نفي العلم؟ فيه وقفة ، ولا يختص هـٰذا بالجناية على العبد ، بل لو نفى البائع العيب عن العبد . . حلف على البت أيضاً كما جزم به الرافعي ، وجزم الدارمي بأنه يحلف علىٰ نفي العلم .

قال : (**قلت : ولو قال : جنت بهيمتك**) أي أتلفت زرعاً أو غيره حيث يجب الضمان بإتلافها .

قال : (**. . حلف على البت قطعاً والله أعلم**) ؛ لأنه لا ذمة لها ، والمالك لا يضمن بفعلها ، إنما يضمن بالتقصير في حفظها ، وهـٰذا أمر يتعلق بنفس الحالف .

قال : (**ويجوز البت بظن مؤكد يعتمد خطه أو خط أبيه**) ؛ لأن الظاهر يعضده ، والمسألة سبقت في (كتاب القضاء) .

وظاهر عبارته أنه لا يشترط في خط نفسه مع الظن المؤكد التذكر ، والذي في « الروضة » : أنه لو وجد بخط نفسه شيئاً . . لم يعتمده حتىٰ يتذكر ، وعزاه إلىٰ « الشامل » .

والفرق بينه وبين اعتماد خط أبيه : أنه في خط نفسه يمكنه التذكر ، بخلاف خط أبيه .

وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ ٱلْقَاضِي ٱلْمُسْتَحْلِفِ ، فَلَوْ وَرَّىٰ أَوْ تَأَوَّلَ خِلاَفَهَا أَوِ ٱسْتَثْنَىٰ بِحَيْثُ لاَ يَسْمَعُ ٱلْقَاضِي . . لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ ٱلْيَمِينِ ٱلْفَاجِرَةِ . . . .

وقد يقال : لا يتصور الظن المؤكد في حق نفسه ما لم يتذكر ، بخلاف خط الأب فلا إيراد .

وقال ابن الرفعة : إذا غلب علىٰ ظنه كذب أبيه فيما وجده بخطه . . لم يجز له الإقدام على اليمين ، وكذا لو استوى الاحتمالان عنده فيما يظهر .

قال : (**وتعتبر نية القاضي المستحلف**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٦٥٣/٢١] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اليمين علىٰ نية المستحلف » وحملوه على الحاكم ؛ لأنه الذي له ولاية الاستحلاف .

والمعنىٰ فيه أنه لو اعتبرت نية الحالف . . لبطلت فائدة الأيمان ، وضاعت الحقوق ؛ لأن كل أحد يحلف علىٰ ما يقصد ، وسواء وافقه الحالف في المذهب أو خالفه ، مجتهداً كان الحالف أو مقلداً .

فإذا ادعىٰ حنفي علىٰ شافعي شفعة الجوار ، والقاضي يعتقد إثباتها . . فليس للمدعىٰ عليه أن يحلف علىٰ عدم استحقاقها عليه عملاً باعتقاده ، بل عليه اتباع القاضي ، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه به ، وكذا في الباطن في الأصح .

وكان ينبغي أن يقول : من له ولاية التحليف ؛ ليشمل المحكم والإمام الأعظم والمنصوب للمظالم وغيره ممن يصح أداء الشهادة عنده .

وألحق الشيخ عز الدين بالقاضي الخصم ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « يمينك ما يصدقك عليه صاحبك » .

قال : أراد به الخصم ، والحديث في « صحيح مسلم » [١٦٥٣/٢٠] أيضاً .

قال : (**فلو ورىٰ أو تأول خلافها أو استثنىٰ بحيث لا يسمع القاضي . . لم يدفع إثم اليمين الفاجرة**) ؛ لأن اليمين شرعت ليهاب الخصم الإقدام عليها خوفاً من الله ، فلو صح تأويله . . بطلت هـٰذه الفائدة ؛ فإن كل شيء قابل للتأويل في اللغة ، وما ذكره من كون التورية علىٰ خلاف قصد القاضي لا يرفع الإثم مقيد بأمرين :

أحدهما : أن يكون الحلف بالله ، فإن حلفه القاضي بالطلاق أو العتاق فحلف

وورىٰ.. نفعته التورية ؛ لأنه ليس له التحليف بهما كما تقدم قريباً ، وبه جزم في « شرح مسلم » و« الأذكار » .

الثاني : أنه لا يكون ظالماً في نفس الأمر ؛ فقد تقدم في (الوديعة) : أن الظالم إذا طلب منه الوديعة مأمور بالإنكار ، فإن اكتفىٰ منه باليمين.. حلف أنه لا وديعة عنده ، بل قال في « البسيط » : يجب ذلك .

واقتضىٰ كلامه أنه لا يأثم ولو قدر على التورية .

ومثله : لو ادعىٰ علىٰ معسر فقال : لا يستحق علي ، وتأوله باستحقاق التسليم الآن.. صح ، ولا يؤاخذ بيمينه ؛ لانتفاء المفسدة السابقة ، بل خصمه ظالم بمطالبته إن علم ومخطىء إن جهل ، قاله الشيخ عز الدين .

تنبيه :

جمع المصنف بين التورية والتأويل ؛ لأن التورية : قصد ما يخالف ظاهره اللفظ ، والتأويل : اعتقاد خلافه ، فمن التورية أن يقول : ما له علي درهم ولا دينار ، فدرهم : قبيلة ، ودينار : رجل معروف ، وما له قبلي ثوب ولا شقة ولا قميص ، فالثوب : الرجوع ، والشقة : البعد ، والقميص : غشاء القلب .

والاستثناء أن يقول عقب اليمين : إن شاء الله ، إما سراً أو ينويه بقلبه ، وتنعقد اليمين في الجميع .

واحترز بقوله : (بحيث لا يسمع القاضي) عما إذا سمع.. فإن اليمين لا تنعقد قطعاً ، وعليه الإعادة ؛ لأنه طلب منه يميناً جازمة ولم يأت بها .

فائدة :

قال في « شرح مسلم » : التورية في غير تحليف الحاكم وإن كان لا يحنث بها لا يجوز فعلها ؛ حيث يبطل بها حق المستحق بالإجماع .

قال : (**ومن توجهت عليه يمين لو أقر بمطلوبها لزمه فأنكر.. حلف**) جميع ما تقدم من أول الفصل إلىٰ هنا فيما يتعلق بالحلف وكيفيته ، والكلام الآن في

. . . .

الحالف ، ويدل لحلفه قوله صلى الله عليه وسلم : « واليمين علىٰ من أنكر » .

وصواب العبارة : ومن توجهت عليه دعوىٰ كما هو في « الشرح » و« الروضة » و« المحرر » ، وبذلك اعترض عليه ابن الفركاح وغيره .

وصوب الشيخ في « الحلبيات » عبارة المصنف وقال : قد تطلب اليمين من غير دعوى ، كما إذا طلب القاذف يمين المقذوف أو وارثه علىٰ أنه ما زنىٰ . . فإنه يجاب إلىٰ تحليفه على الأصح ، وله غرض ألا يدعي الزنا حتىٰ لا يكون قاذفاً ، قال : لـٰكن يحتاج أن يتأول (توجهت) بمعنىٰ طلبت منه ، ثم قال : لـٰكن قول « المنهاج » : (فأنكر) غير متضح ؛ لأن الإنكار يكون بعد الدعوىٰ لا بعد طلب اليمين ، إلا أن يريد أنه صمم على الإنكار .

ويجري التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والفيئة في الإيلاء ، وفي العتق والاستيلاد والولاء والنسب ، ولا تسمع في حدود الله تعالىٰ ، ولا يطلب الجواب ؛ لأنها ليست حقاً للمدعي ، فإن تعلق به حق آدمي كمسألة القذف المذكورة . . حلف ، فإن حلف . . أقيم الحد على القاذف ، وإن نكل . . حلف القاذف وسقط حد القذف ، ولا يثبت بحلفه حد الزنا على المقذوف .

واحترز بقوله (لو أقر بمطلوبها . . لزمه) عما إذا ادعىٰ ديناً علىٰ ميت ، أو أنه أوصىٰ له بشيء ، وللميت وصي فأنكر ولا بينة . . فإنه لا يحلف الوصي ؛ لأن المقصود من التحليف أن يصدق الخصم فيقر إن كان المدعىٰ به حقاً ، والوصي لا يقبل إقراره بالدين والوصية ، وكذا لو أنكر الخصم وكالة الوكيل . . فليس للوكيل أن يحلفه علىٰ نفي العلم بالوكالة ؛ لأنه ـ وإن علم الوكالة ـ لا يجب عليه التسليم إليه .

تنبيه :

وقع في « الشرح » و« الروضة » و« المحرر » و« المنهاج » و« الكفاية » ما يوهم أن الأمة إذا ادعت الاستيلاد . . لا يحلف السيد ، والصواب : أنه إن كانت المنازعة لإثبات النسب . . فهي مسألة هـٰذه الكتب ، وإن كانت لأمية الولد ليمتنع من بيعها ويعتق بموته . . حلف .

وَلاَ يُحَلَّفُ قَاضٍ عَلَىٰ تَرْكِ ٱلظُّلْمِ فِي حُكْمٍ وَلاَ شَاهِدٌ : أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ . وَلَوْ قَالَ مُدَّعًىٰ عَلَيْهِ : أَنَا صَبِيٌّ . . لَمْ يُحَلَّفْ ، وَوُقِفَ حَتَّىٰ يَبْلُغَ . . . .

قال : (**ولا يحلف قاضٍ علىٰ ترك الظلم في حكم**) مراد المصنف أن هـٰذه القاعدة تستثنىٰ منها صور ، فالقاضي لا يحلف علىٰ أنه ما ظلم ؛ لارتفاع منصبه عن ذلك ، أما ما لا يتعلق بالحكم كدعوىٰ مال وغيره . . فهو كغيره ، ويحكم فيه خليفته أو قاض آخر ، وهـٰذه المسألة تقدمت في (كتاب القضاء) .

قال : (**ولا شاهد : أنه لم يكذب**) ؛ لأن من شأنه أن لا يشان بذلك .

قال : (**ولو قال مدعى عليه : أنا صبي**) أي : وهو محتمل (. . **لم يحلف ، ووقف حتىٰ يبلغ**) ؛ لأنه لو كان كاذباً . . لم يمتنع من الإقدام على الحلف ، فلا فائدة فيها .

ويستثنىٰ مع ما ذكره إذا علق الطلاق علىٰ شيء من أفعال المرأة كالدخول ، فادعته المرأة وأنكره الزوج . . فالقول قوله ، فلو طلبت المرأة تحليفه علىٰ أنه لا يعلم وقوع ذلك . . لم يحلف ، فإن ادعت وقوع الفرقة . . حلف علىٰ نفيها ، كذا نقله الرافعي في (باب تعليق الطلاق) عن القفال وأقره .

وكذا إذا طالب الإمام الساعي بما أخذه من الزكاة فقال : لم آخذ شيئاً . . لم يحلف وإن كان لو أقر بالأخذ لزم ، حكاه شريح عن الأصحاب .

وكذلك لو قسم المال بين غرماء المفلس فظهر غريم آخر وقال لأحد الغرماء : أنت تعلم وجوب ديني وطلب يمينه . . لم يحلف ، حكاه عن العبادي .

ويستثنىٰ من أن المدعي يحتاج إلى البينة والمدعىٰ عليه يقبل قوله بيمينه مسائل :

أحدها : إذا قوي جانب مدعي القتل باللوث . . فيقبل قوله فيه بيمينه .

الثانية : أن يدعي زنا زوجته . . فإنه يقبل قوله بلعانه ؛ لرجحان جانبه .

الثالثة : أن يقتضي ذلك مصلحة عامة وهو قبول قول الأمناء في تلف ما ائتمنوا عليه ورده علىٰ مؤمنيهم خاصة .

الرابعة : إذا استلحق منبوذاً . . لحقه من غير يمين .

وَٱلْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ ٱلْخُصُومَةِ فِي ٱلْحَالِ لاَ بَرَاءَةً ، فَلَوْ حَلَّفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً . . حَكَمَ بِهَا ، . . . .

الخامسة : دعوى المرأة انقضاء عدتها بالحيض ونحوه .

السادسة : دعوى الصبي الاحتلام تقبل من غير يمين .

فرع :

قال الزبيلي : لو اكترىٰ من يحج عن أبيه ، فقال الأجير : حججت . . قبل قوله ، ولا يمين عليه ولا بينة ، كما لو طلق امرأته ثلاثاً وادعت أنها تزوجت ودخل بها وطلقها وانقضت عدتها . . قبل منها ، ولا بينة عليها ولا يمين .

قال : (**واليمين تفيد قطع الخصومة في الحال لا براءة**) احتج له البخاري [٢٦٨٠] بحديث : « إنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض . . . » .

وروىٰ أبو داوود [٣٢٦٩] والنسائي [سك ٥٩٦٣] والحاكم [٤/ ٩٥] عن ابن عباس : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر رجلاً بعدما حلف بالخروج من حق صاحبه) كأنه عليه الصلاة و السلام علم كذبه كما رواه أحمد [١/ ٢٩٦] ، فدل علىٰ أن اليمين لا توجب براءة .

وفي « البخاري »[١] عن شريح وطاووس وإبراهيم : البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة ، وليس بحديث صحيح كما زعمه إمام الحرمين .

قال : (**فلو حلفه ثم أقام بينة . . حكم بها**) قياساً علىٰ إقرار المدعىٰ عليه بعد حلفه ، وكذا لو ردت اليمين على المدعي فنكل ثم أقام بينة .

وقال مالك : إن كانت البينة حاضرة . . لم يجز ؛ لاتصال الحكم باليمين .

وقال ابن أبي ليلىٰ : لا يجوز أصلاً ، واختاره ابن حزم ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « شاهداك أو يمينه ، ليس لك إلا ذلك » .

---

(١) كتاب الشهادات ، باب : من أقام البينة بعد اليمين ، تعليقاً .

وَلَوْ قَالَ ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ : قَدْ حَلَّفَنِي مَرَّةً فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْنِي . مُكِّنَ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

فنص علىٰ أنه ليس له إلا أحدهما لا كلاهما .

وجوابه : أنه حصر حقه في النوعين ؛ أي : لا ثالث لهما ، وأما منع جميعهما . . فلا دلالة للحديث عليه .

كل هـٰذا إذا لم يتعرض حالة التحليف للبينة ، فإن قال : لا بينة لي حاضرة ولا غائبة . . فقد ذكره المصنف في (القضاء على الغائب) ، والأصح : سماعها أيضاً .

فرع :

أقام بدعواه بينة ثم قال : شهودي كاذبون أو مبطلون . . سقطت بينته ، ولا تبطل دعواه على الأصح ؛ لاحتمال أن يكون هو محقاً في دعواه ، والشهود مبطلون لشهادتهم بما لا يحيطون به علماً ، وفي مثل ذلك يقول الله تعالىٰ : ﴿ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ وَٱللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ ٱلْمُنَٰفِقِينَ لَكَٰذِبُونَ ﴾ .

فرع :

إذا اشتملت دعوى الشخص الواحد علىٰ أنواع فأراد تحليفه علىٰ بعضها دون بعض . . جاز ، ولو أراد أن يحلفه علىٰ كل منها يميناً . . نظر ، إن فرقها في الدعوىٰ . . جاز ، وإلا . . فلا ، قاله الماوردي .

قال : (**ولو قال المدعىٰ عليه : قد حلفني مرة**) أي : فليس له تحليفي (**فليحلف أنه لم يحلفني . . مكن في الأصح**) ؛ لأنه محتمل غير مستبعد ، ولا يسمع غير ذلك من المدعي ؛ لئلا يتسلسل .

والثاني : المنع ؛ إذ لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه ما حلفه علىٰ أنه ما حلفه وهـٰكذا ، فيدور الأمر ولا ينفصل ، وهـٰذا نسبه الرافعي إلى ابن القاص ، وتبعه عليه في « الروضة » ، والذي في كلامه الجزم بالأول .

وَإِذَا نَكَلَ . . حَلَفَ ٱلْمُدَّعِي وَقُضِيَ لَهُ ، وَلاَ يَقْضِي بِنُكُولِهِ ، . . . .

وموضع الخلاف إذا قال : حلفني مرة عند قاض آخر ، أو أطلق ، فإن قال : عندك ، فإن حفظ القاضي ذلك . . لم يحلفه ومنع المدعي مطالبته ، وإن لم يحفظه . . حلفه ، ولا تنفع إقامة البينة فيه ؛ لما تقدم أن القاضي إذا تذكر حكمه . . أمضاه ولا يعتمد على البينة .

قال :(**وإذا نكل . . حلف المدعي وقضي له ، ولا يقضي بنكوله**) هـٰذا ابتداء فصل في « المحرر » ، وبوب عليه في « الروضة » (باب النكول) ، ويدل له قوله تعالىٰ : ﴿ أَوْ يَخَافُوٓاْ أَن تُرَدَّ أَيْمَٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَٰنِهِمْ ﴾ أي : بعد الامتناع من الأيمان الواجبة فدل علىٰ نقل الأيمان .

وروى الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر : (أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين علىٰ طالب الحق) رواه الدارقطني [٤/٢١٣] والحاكم [٤/١٠٠] وقال صحيح الإسناد .

وحكم بذلك عمر بحضرة الصحابة كما رواه الشافعي .

ومن جهة المعنىٰ : أن النكول كما يحتمل أن يكون تحرزاً عن اليمين الصادقة ؛ فقد ردت اليمين علىٰ زيد بن ثابت فحلف ، وعلىٰ عثمان فلم يحلف وقال : أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال : بيمينه ، واشتهر ذلك عن الصحابة ، ولا مخالف لهم .

وإذا لم يقض بالنكول . . ردت اليمين على المدعي إذا كان الحق له ، فإذا حلف . . قضي له .

وقال أبو حنيفة وأحمد : يقضىٰ بالنكول .

لنا : الإجماع قبلهما كما قاله مالك في « الموطأ » .

وظاهر قوله : (وقضي له) توقف الاستحقاق على الحكم ، وأنه لا يثبت بمجرد الحلف ، لـٰكن الأرجح في « الروضة » عدم التوقف بناء علىٰ أن اليمين المردودة كالإقرار ، كما يثبت الحكم بالإقرار من غير حكم على الأصح .

نعم ؛ تستثنىٰ صور يقضىٰ فيها بالنكول للضرورة ستأتي .

وَٱلنُّكُولُ : أَنْ يَقُولَ : أَنَا نَاكِلٌ ، أَوْ يَقُولَ لَهُ ٱلْقَاضِي : ٱحْلِفْ ، فَيَقُولُ : لاَ أَحْلِفُ ، فَإِنْ سَكَتَ . . حَكَمَ ٱلْقَاضِي بِنُكُولِهِ . [وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِي : ٱحْلِفْ . . حُكْمٌ بِنُكُولِهِ] . . . .

قال : (**والنكول : أن يقول**) المدعىٰ عليه بعد عرض اليمين عليه : (**أنا ناكل ، أو يقول له القاضي : احلف ، فيقول : لا أحلف**) ؛ لظهوره فيه ، ولا يحتاج في هـٰذه الحالة إلىٰ قضاء القاضي بالنكول ، حتىٰ لو قال المدعىٰ عليه بعد قوله : لا أحلف أو أنا ناكل : أحلف . . لم يجد إليه سبيلاً .

قال : (**فإن سكت . . حكم القاضي بنكوله**) كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء منزل منزلة الإنكار ، فلا تشرع اليمين المردودة عند سكوت المدعىٰ عليه إلا إذا حكم الحاكم بنكوله ، وإنما يحكم الحاكم بنكوله إذا لم يظهر كون السكوت لدهشة أو غباوة أو نحوهما .

ويستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدعىٰ عليه ثلاث مرات ، والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول .

وعن أبي حنيفة : أن العرض ثلاثاً شرط .

وإذا تفرس فيه سلامة جانب . . شرح له حكم النكول ؛ فإن لم يشرح وحكم بأنه ناكل وقال المدعىٰ عليه : لم أعرف حكم النكول . . ففي نفوذ الحكم احتمالان : أظهرهما : النفوذ إذا كان من حقه أن يبحث ويعرف قبل أن ينكل .

وإذا كان المدعىٰ عليه لا يعرف معنى النكول . . وجب على القاضي أن يعرفه ذلك ، وليس هـٰذا تلقين دعوىٰ .

وحيث منعنا المدعىٰ عليه من الحلف بعد نكوله أو ما في معناه . . فذلك إذا لم يرض المستحق ، فإن رضي . . فوجهان : أصحهما : له العود إليه ؛ فإن الحق له لا يعدوه .

[قال : (**وقوله للمدعي : أحلف . . حكم بنكوله**)][1] .

---

(١) ما بين معقوفين من قول الإمام النووي رحمه الله ، ولم يتعرض له الدميري رحمه الله بتاتاً . =

وَٱلْيَمِينُ ٱلْمَرْدُودَةُ فِي قَوْلٍ كَبَيِّنَةٍ ، وَفِي ٱلأَظْهَرِ : كَإِقْرَارِ ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ ، فَلَوْ أَقَامَ ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ . . لَمْ تُسْمَعْ ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفِ ٱلْمُدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ . . سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ ٱلْيَمِينِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مُطَالَبَةُ ٱلْخَصْمِ ، . . . .

قال : (**واليمين المردودة في قول كبينة**) تغليباً لجانب المدعي ، فتنزل يمينه منزلة بينة يقيمها .

قال : (**وفي الأظهر : كإقرار المدعىٰ عليه**) ؛ تغليباً لجانبه ، فينزل نكوله منزلة إقراره ؛ لأن به توصل إلى الحق .

ووقع في « الروضة » في الباب الخامس من هـٰذا الباب ما يقتضي تصحيح الأول .

قال : (**فلو أقام المدعىٰ عليه بعدها بينة بأداء أو إبراء . . لم تسمع**) هـٰذه من فوائد القولين ، وهي تفريع على الأظهر لكونه مكذباً لبينته بإقراره ، وعلىٰ مقابله : تسمع ، كذا قاله الشيخان هنا ، وخالفاه قبيل الركن الثالث فرجحا السماع ، وهـٰذا هو الصواب ؛ فإنه إقرار تقديري لا تحقيقي ، فلم يصدر منه إقرار مكذب لها .

وأشار بقوله : (بأداء أو إبراء) إلىٰ أن التصوير في الدين ، فإن كان المدعىٰ عيناً ، فرد المدعىٰ عليه اليمين على المدعي ، فحلف ثم أقام بينة بالملك . . سمعت ، أفتىٰ به علماء العصر .

قال : (**فإن لم يحلف المدعي ولم يتعلل بشيء . . سقط حقه من اليمين**) ؛ لإعراضه ، (**ولم يكن له مطالبة الخصم**) كما لو حلف المدعىٰ عليه ، اللهم إلا أن يقيم بينة .

وقيل : يتمكن من استئناف الدعوىٰ وتحليفه في مجلس آخر ؛ لبقاء حقه .

وعلم من هـٰذا : أنه ليس له رد اليمين على المدعىٰ عليه ؛ لأن اليمين المردودة لا ترد ، لأن ردها يؤدي إلى الدور .

= وإتماماً للفائدة نذكر هنا شرح الخطيب الشربيني رحمه الله في « مغني المحتاج » (٤/ ٦٣٤) : (**قوله**) أي : القاضي في صورة السكوت (**للمدعي : احلف . . حكم بنكوله**) أي : المدعىٰ عليه ، وفي « الروضة » كـ« أصلها » منزل منزلة الحكم ، فليس للمدعىٰ عليه أن يحلف بعد هـٰذا إلا برضا المدعي كما مر ؛ لأن الحق له .

وَإِنْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابٍ . . أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، وَقِيلَ : أَبَداً ، . . .

وقوله : (يتعلل) المراد به : إبداء علة أو عذر ، وهـٰذا خلاف المستعمل في اللغة ؛ لأنهم إنما يستعملونه بمعنىٰ شغله وألهاه ، ومنه تعليل الصبي بالطعام ليسكت .

فرع :

ادعىٰ شريكان حقاً لهما علىٰ إنسان فأنكر . . حلف لكل منهما يميناً ، فإن رضيا بيمين واحدة . . فالأصح في « الروضة » : المنع ، وجزم الإمام بالاكتفاء بها ورجحه الشيخ ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما .

وحكى الماوردي عن الإصطخري قال : استحلف إسماعيل القاضي رجلاً في حق رجلين يميناً واحدة ، فأجمع فقهاء زماننا علىٰ أنه أخطأ .

قال الداركي : فسألت أبا إسحاق المروزي فقال : إن ادعيا ذلك من جهة واحدة . . حلف لهما يميناً واحدة كما إذا ادعيا داراً إرثاً من أبيهما أو شركة بينهما ، وإن كان من جهتين . . حلف لكل واحد على الانفراد .

قال الماوردي : وقول أبي إسحاق صحيح ، وهـٰذا في الحقيقة وجه ثالث في المسألة .

قال : (**وإن تعلل بإقامة بينة أو مراجعة حساب . . أمهل**) ؛ لما تقدم في كتاب عمر لأبي موسىٰ : واجعل للمدعي أمداً ينتهي إليه ، فإن أحضر بينة . . أخذت له بحقه ، وإلا . . استحلت عليه القضية ، فإنه أنفىٰ للشك وأجلىٰ للعمىٰ .

قال : (**ثلاثة أيام**) ؛ لأنها مدة مغتفرة شرعاً ، وفي الزيادة عليها إضرار بالمدعي ، فإن لم يحلف بعدها . . سقط حقه من اليمين .

قال : (**وقيل : أبداً**) ؛ لأن اليمين حقه ، فله تأخيره إلىٰ أن يشاء كالبينة .

وقيل : يرجع إلى العرف ، وبه جزم الدارمي .

وقيل : لا يمهل أصلاً إذا قال : أراجع الحساب كالمدعىٰ عليه ، حكاه الإمام في (كتاب الإقرار) وقال : إنه حسن متجه ؛ إذ كان من حقه التفكر قبل الإحصار ، وهو

فَإِنِ ٱسْتَمْهَلَ ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ حِينَ ٱسْتُحْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ . . لَمْ يُمْهَلْ ، وَقِيلَ : ثَلاثَةً ، وَلَوِ ٱسْتَمْهَلَ فِي ٱبْتِدَاءِ ٱلْجَوَابِ . . أُمْهِلَ إِلَىٰ آخِرِ ٱلْمَجْلِسِ ، وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَٱدَّعَىٰ دَفْعَهَا إِلَىٰ سَاعٍ آخَرَ أَوْ غَلَطَ خَارِصٍ وَأَلْزَمْنَاهُ ٱلْيَمِينَ فَنَكَلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ ٱلْيَمِينِ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ . . . .

غريب ، فتلخصنا علىٰ أربعة أوجه ، والرافعي لم يفصح بترجيح في « شرحيه » ، غير أنه رجح الأول في « المحرر » ، والذي عليه جمهور العراقيين وغيرهم الثاني ، وكذلك الحكم إذا طلب الاستمهال ليسأل الفقهاء .

قال : (**فإن استمهل المدعىٰ عليه حين استحلف لينظر حسابه . . لم يمهل**) ؛ لأنه مقهور محمول على الإقرار أو اليمين ، بخلاف المدعي ؛ فإن الحق له ، اللهم إلا أن يرضى المدعي بإمهاله . . فإنه يمهل .

قال : (**وقيل : ثلاثة**) ؛ للحاجة ، واختاره الروياني ، وفي « الحاوي » : يمهل دون ثلاثة أيام .

واستحسنوا إمهاله ليسأل الفقهاء ، وهـٰذا الإمهال لم يتعرضوا لكونه واجباً أو مستحباً ، وحكى الرافعي في نظيره من (باب الكتابة) وجهين ، ثم حكىٰ عن الروياني أنا إذا أمهلناه ثلاثاً فأحضر شاهداً بعدها وطلب الإنظار ليأتي بالشاهد الثاني . . أنه ينظر ثلاثة أخرىٰ .

قال : (**ولو استمهل في ابتداء الجواب . . أمهل إلىٰ آخر المجلس**) هـٰذا إذا طلب ذلك لمراجعة الحساب ونحوه .

وعبارة « المحرر » : فقد ذكر أنه يمهل إلىٰ آخر المجلس ، وذاكر ذلك هو القاضي أبو سعد .

قال : (**ومن طولب بزكاة فادعىٰ دفعها إلىٰ ساع آخر أو غلط خارص وألزمناه اليمين فنكل وتعذر رد اليمين . . فالأصح : أنها تؤخذ منه**) ؛ لأن مقتضىٰ ملك النصاب ومضي الحول الوجوب ، فإذا لم يأت بدافع . . أخذنا الزكاة ، وليس هـٰذا حكماً بالنكول ، خلافاً لابن القاص .

والثاني : لا يطالب بشيء إذا لم يقم عليه حجة .

وَلَوِ ٱدَّعَىٰ وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْناً لَهُ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ. . لَمْ يُحَلَّفِ ٱلْوَلِيُّ ، وَقِيلَ : يُحَلَّفُ ، وَقِيلَ : إِنِ ٱدَّعَىٰ مُبَاشَرَةَ سَبَبِهِ. . حُلِّفَ . . . .

وهـٰذا كالمستثنىٰ من قوله : (ولا يقضي بنكوله) أي : ما تقدم من رد اليمين على المدعي هو الأصل ، وقد يتعذر في هـٰذه الصور .

وقوله : (وألزمناه اليمين) أشار به إلىٰ خلاف في المسألة ، وهو أنه إذا ادعىٰ مسقطاً أو اتهمه الساعي. . فإنه يحلفه علىٰ ما يدعيه ، وهل اليمين واجبة أو مستحبة؟ فإن كانت دعواه لاتخالف الظاهر كقوله : لم يحل الحول بعد. . فهي ندب ، وإن خالفته كقوله : بعته ثم اشتريته ولم يحل الحول. . فالأصح : استحبابها أيضاً ، فإن قلنا به فامتنع من اليمين. . فلا شيء عليه ، وإن قلنا بوجوبها فنكل. . فهي مسألة الكتاب .

وقوله : (وتعذر رد اليمين) أشار به إلىٰ تفصيل ، وهو أن المستحقين في البلد إن انحصروا ومنعنا النقل. . ردت اليمين عليهم ، وإلا. . فقد تعذر الرد على السلطان أو الساعي .

وقوله : (فالأصح) يقابله أوجه :

أحدها : لا يطالب بشيء إذا لم يقم حجة .

والثاني : يحبس حتىٰ يقر فيؤخذ منه أو يحلف فيترك .

والثالث : إذا ادعىٰ خلاف الظاهر بأن قال : ما تم الحول أو الذي بيدي لفلان المكاتب. . لم يؤخذ منه ، وإن قال : أديت في بلد آخر أو إلىٰ ساع آخر. . أخذت .

قال : (**ولو ادعىٰ ولي صبي**) أي : أو مجنون (**ديناً له فأنكر ونكل. . لم يحلف الولي**) ؛ لأن إثبات الحق للإنسان بيمين غيره مستبعد ، بل ينتظر بلوغ الصبي وإفاقة المجنون .

قال : (**وقيل : يحلف**) ؛ لأنه المستوفي ، والصبي والمجنون ليس لهما أهلية اليمين .

قال : (**وقيل : إن ادعىٰ مباشرة سببه. . حلف**) ؛ لأن العهدة تتعلق به ، وفي « الشرح » و« الروضة » : أن هـٰذا لا بأس به ، ورجحه العبادي والسرخسي ، قال في

. . . .

« المهمات » : وهو المفتىٰ به المنصوص عليه ، وقد سبق في (كتاب الصداق) بيان ذلك ، وأن ما قاله هناك لا ينافي ما قاله هنا .

وتجري الأوجه فيما لو أقام شاهداً هل يحلف معه؟ وفيما لو ادعىٰ على الولي ديناً في ذمة الصبي هل يحلف الولي إذا أنكر؟ والوصي والقيم كالولي .

ويجري في قيم المسجد والوقف إذا نكل المدعىٰ عليه هل يحلف .

وملخص هـٰذا أن الحق إن كان لغير معين كالمسلمين ومال من لا وارث له والمال الموصىٰ به للفقراء ، إذا ادعاه من أسندت تفرقته إليه . . يحبس المدعىٰ عليه حتىٰ يحلف أو يدفع الحق ؛ لأنه لا يمكن القضاء بالنكول من غير يمين ، لأن الحقوق تثبت بالإقرار أو البينة ، وليس النكول واحداً منهما ، ولا يمكن رد اليمين علىٰ مستحق غير معين ، ولا يمكن تركه ؛ لما فيه من ترك الحق ، فتعين لفصل الخصومة ما قلناه .

وقيل : يقضىٰ عليه بالنكول ، ويؤخذ منه الحق ؛ للضرورة .

تتمة :

أفتى ابن عبد السلام والشيخ بأنه إذا ثبت دين لطفل أو مجنون علىٰ تركة مستحقها كذلك أنه يؤخذ في الحال من غير توقف على بلوغه وحلفه ؛ إذ لا يجوز تأخير حق يجب على الفور لأمر محتمل ، قالا : ولا يشهد للتأخير شيء من أصول الشرع .

قال الشيخ : ومن طالع كلام الرافعي والمصنف يعتقد أن المذهب : أنه ينتظر ويؤخر الحكم ، وقد يترتب علىٰ ذلك ضياع الحق ، وكثيراً ما يتفق أن يموت رجلان لكل منهما على الآخر دين ، ويترك كل ورثة صغاراً ولو أخر إلى البلوغ ربما ضاعت تركة الذي عليه الحق أو أكلها ورثته ، فتأخير الحكم مع قيام البينة مشكل ، لا سيما ونحن نعلم أن الصبي لا علم عنده من ذلك ، واليمين الواجبة عليه بعد بلوغه إنما هي علىٰ عدم العلم بالبراءة ، وهو أمر حاصل ، فكيف يؤخر الحق لمثل ذلك؟!

قال : فالوجه عندي : الحكم الآن ، ويؤخذ الدين للصبي الذي ثبت له ، وإن أمكن القاضي أخذ كفيل به حتىٰ إذا بلغ يحلفه . . فهو احتياط ، وإن لم يمكن ذلك . . فلا يكلف .

فَصْلٌ :

ٱدَّعَيَا عَيْناً فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً .. سَقَطَتَا ، وَفِي قَوْلٍ : تُسْتَعْمَلاَنِ ، فَفِي قَوْلٍ : تُقْسَمُ ، ....

قال : (**فصل** :

ادعيا عيناً في يد ثالث) أي : ولم ينسبها ذو اليد إلىٰ أحدهما قبل البينة ولا بعدها .

قال : (**وأقام كل منهما بينة .. سقطتا**) ؛ لتناقض موجبهما فأشبها الدليلين إذا تعارضا ولا مرجح ، وبهـٰذا قال أحمد ومالك في رواية .

فعلىٰ هـٰذا : كأنه لا بينة ويصار إلى التحليف ، قال الرافعي وهو منسوب إلى القديم ، فالمسألة مما يفتىٰ بها على القديم ، وليس كذلك ؛ فقد حكاه البندنيجي عن نص « الأم » و« البويطي » ، فهو قديم وجديد .

قال : (**وفي قول : تستعملان**) ؛ صيانة لهما عن الإلغاء بقدر الإمكان ، فتنزع العين ممن هي في يده ؛ لاتفاق البينتين علىٰ أنها ليست له ، ثم فيما يفعل علىٰ هـٰذا القول الثلاثة الأقوال الآتية ، وكأنهم هونوا أمرها لما كانت مفرعة على الضعيف كالأقوال المفرعة على القديم في ميراث المبتوتة في مرض الموت ، وفي القولين المفرعين على القديم في امرأة المفقود ، والذي يظهر ترجيحُ قول الوقف ، وبه جزم الرافعي في (باب التحالف) ، والأوفق لإطلاق الغزالي ترجيح مقابله .

قال : (**ففي قول : تقسم**) أي : تجعل بينهما نصفين ؛ لاستواء حجتيهما ، هـٰذا إذا قبلت القسمة ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة ، ويدل له ما روىٰ أبو داوود [٣٦٠٨] وابن حبان [٥٠٦٨] والحاكم [٤/ ٩٥] بإسناد صحيح عن أبي موسىٰ : أن رجلين ادعيا بعيراً ، وأقام كل منهما شاهدين ، فجعله النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين .

ولأن البينة أقوىٰ من اليد ، ولو تساويا في اليد .. لقسم بينهما ، فهـٰذا أولىٰ .

وأجاب القائلون بالصحيح عنه باحتمال أن يكون ما تنازعا فيه في أيديهما ، فأبطل البينتين وقسمه بينهما .

وَقَوْلٍ : يُقْرَعُ ، وَقَوْلٍ : تُوقَفُ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحَا . وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ . . بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ ، . . . .

قال : (و) في (قول : يقرع) فيرجح جانب من خرجت له القرعة ؛ لما روىٰ أبو داوود في « مراسيله » [٣٩٨] عن سعيد بن المسيب قال : اختصم رجلان إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمر ، فجاء كل منهما بشهداء عدول علىٰ عدة واحدة ، فأسهم بينهما النبي صلى الله عليه وسلم وقال : « اللهم أنت تقضي بينهما » فقضىٰ للذي خرج له السهم .

ولأن القرعة تدخل في الحقوق المتساوية عند الاشتباه ، وإذا قلنا بهـٰذا . . فهل يحتاج من خرجت له القرعة إلىٰ يمين؟ قولان لا ترجيح فيهما :

أحدهما : لا ، والقرعة مرجحة لبينته .

والثاني : نعم ، والبينة والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين .

قال : (**وقول : توقف حتىٰ يتبين أو يصطلحا**) ؛ لأنه أشكل الحال فيما يرجى انكشافه فتوقف كما لو زوجها وليان مرتبان وجهل السابق .

جوابه : أنه يمكن التذكر في النكاحين ، بخلاف هـٰذا .

قال الإمام تبعاً للقاضي : هـٰذا أعدل الأقوال ، وصححه الفارقي ، وفي « البيان » عن الربيع : أنه أصح ، وهل هـٰذه الأقوال في الأولوية أو التعيين؟ حكى الإمام فيه وجهين لا ترجيح فيهما .

كل هـٰذا إذا لم يقر الثالث لأحدهما ، فإن أقر قبل إقامة البينة . . رجحت بينته ، أو بعدها . . حكم للمقر له بالملك .

قال : (**ولو كانت في يدهما وأقاما بينتين . . بقيت كما كانت**) ؛ إذ لا مستحق لها غيرهما ، وليس أحدهما بأولىٰ من الآخر ، هـٰذا حاصل ما يفتىٰ به من الطريقتين في المسألة .

والطريقة الثانية ـ وبها قال ابن الصباغ ـ : يجعل المال بينهما ؛ لأن بينة كل واحد منهما ترجحت فيما بيده .

وَلَوْ كَانَتْ بِيَدِهِ فَأَقَامَ غَيْرُهُ بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةً . . قُدِّمَ صَاحِبُ ٱلْيَدِ ، . . . .

فرع :

دار في يد ثلاثة ، ادعىٰ أحدهم نصفها والثاني ثلثها والثالث سدسها ، ولا بينة . . جعلت أثلاثاً ، كذا نص عليه في « المختصر » ، واعترض عليه بأن مدعي السدس لا يدعي غيره فكيف يعطى الثلث؟! وأجيب بأن الصورة فيما إذا ادعىٰ كل واحد منهم استحقاق اليد في جميعها ، إلا أن الأول يقول : النصف ملكي ، والنصف الآخر لفلان وهو في يدي عارية أو وديعة ، والآخران يقولان نحو ذلك ، فكل واحد منهم صاحب يد في الثلث ، وتبقى الدار في أيديهم كما كانت ، ثم يجعل نصف الثلث الذي في يد مدعي السدس لذلك الغائب بحكم الإقرار ، فأما إذا اقتصر كل واحد منهم علىٰ أن لي منها كذا . . فلا يعطىٰ لمدعي السدس إلا السدس ، ولا يتحقق بينهم في هـٰذه الصورة نزاع .

قال : (**ولو كانت بيده فأقام غيره بها بينة وهو بينة . . قدم صاحب اليد**) ويسمى الداخل ؛ لأنهما استويا في إقامة البينة ، وترجحت بينته بيده فقدمت كالخبرين اللذين مع أحدهما قياس .

وروى الشافعي [١/٣٣٠] والدارقطني [٤/٢٠٩] والبيهقي [١٠/٢٥٦] عن جابر : أن رجلين تداعيا دابة ، وأقام كل منهما بينة أنها دابته نتجها ، فقضىٰ بها النبي صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده ، وبه قضىٰ شريح ، وإليه ذهب أكثر العلماء .

وقيل : لا يقضي له إلا أن يحلف ؛ لأن البينتين تعارضتا فسقطتا وبقيت اليد ، وهي لا يقضىٰ بها من غير يمين .

واقتضىٰ إطلاق المصنف : أنه لا يشترط في سماع بينة صاحب اليد أن يبين سبب الملك من شراء أو إرث ونحوه ، وأنه لا يشترط أن يحلف مع بينته ، وهو الأصح فيهما .

فإن قيل : لو ادعيا لقيطاً في يد أحدهما وأقاما بينتين . . لم يترجح صاحب اليد؟ قلنا : الفرق : أن اللقيط لا يدخل تحت اليد ، فلهـٰذا سوينا بينهما بخلاف غيره .

وقال أبو حنيفة : لا تسمع بينة صاحب اليد إلا في دعوى النتاج ، وهو أن يتنازعا

وَلاَ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلاَّ بَعْدَ بَيِّنَةِ ٱلْمُدَّعِي . وَإِنْ أُزِيلَتْ يَدُهُ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمِلْكِهِ مُسْتَنِداً إِلَىٰ مَا قَبْلَ إِزَالَةِ يَدِهِ وَٱعْتَذَرَ بِغَيْبَةِ شُهُودِهِ . . سُمِعَتْ وَقُدِّمَتْ ، وَقِيلَ : لاَ . . . .

دابة وأقاما بينتين وإحداهما شهدت له أنه نتجها فتقدم ، وكذلك إذا تنازعا ثوباً لا ينسج إلا مرة كالقطن والكتان ، وأقام كل واحد بينة علىٰ أنه ملكه ، وأنه نسجه ، ومن المنسوجات ما ينسج أكثر من مرة كالخز ، فإنه ينسج ثم ينكث فيغزل ثم ينسج ثانياً .

وعن أحمد ثلاث روايات : إحداها كمذهبنا ، والثانية كمذهب أبي حنيفة ، وأظهرها : لا تسمع بينة الداخل مطلقاً ، وحديث جابر حجة عليهما .

قال : (**ولا تسمع بينته إلا بعد بينة المدعي**) أشار بهـٰذا إلىٰ أن بينة الداخل إذا أراد أن يقيمها قبل أن يدعىٰ عليه . . لا تسمع علىٰ ظاهر المذهب ؛ لأن الحجة إنما تقام علىٰ خصم ، فإذا لم يكن خصم . . فلا حاجة إلى الحجة .

وفي وجه : تسمع ؛ لغرض التسجيل .

وعن ابن سريج : أنها تسمع ؛ لتسقط اليمين عن نصيبه ، كالمودع تسمع البينة منه على الرد والتلف .

وإن كانت يمينه كافية وإن أقامها بعد أن أقام الخارج البينة ولـٰكن قبل أن يعدل . . فالأصح : أنها تسمع ويحكم بها ؛ لأن يده بعد إقامة البينة مشرفة على الزوال فتمس الحاجة إلىٰ تأكيدها ودفع الطاعن فيها ، وإن أقامها بعد بينة المدعي وتعديلها . . فقد أقامها في أوان إقامتها ، وإن لم يقمها حتىٰ قضى القاضي للمدعي وسلم المال إليه . . فهـٰذه أشار إليها المصنف حيث قال :

(**وإن أزيلت يده ببينة ثم أقام بينة بملكه مستنداً إلىٰ ما قبل إزالة يده واعتذر بغيبة شهوده . . سمعت وقدمت**) ؛ لأنها أزيلت لعدم الحجة وقد قامت الحجة الآن .

قال : (**وقيل : لا**) أي : لا تسمع ولا ينقض القضاء ؛ لأن تلك اليد قضي بزوالها وبطلان حكمها فلا ينقض القضاء ، وإلىٰ هـٰذا ذهب القاضي حسين .

ونقل عنه الهروي أنه قال : أشكلت علي هـٰذه المسألة نيفاً وعشرين سنة ؛ لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، وتردد جوابي فيها ، ثم استقر علىٰ أنه لا ينقض .

وَلَوْ قَالَ ٱلْخَارِجُ : هُوَ مِلْكِي ٱشْتَرَيْتُهُ مِنْكَ ، فَقَالَ : بَلْ مِلْكِي ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ . . قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ ٱلْخَارِجِ ، وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ ٱدَّعَاهُ . . لَمْ تُسْمَعْ إِلاَّ أَنْ يَذْكُرَ ٱنْتِقَالاً ، . . . .

واحترز بقوله : (بينة) عما لو أزيلت بنكوله و حلف المدعي . . فإنها لا تسمع حتىٰ يجمع بين كلامه هنا وبين ما سبق منه في الكلام علىٰ أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة .

قال : (**ولو قال الخارج : هو ملكي اشتريته منك ، فقال : بل ملكي ، وأقاما بينتين . . قدمت بينة الخارج**) ؛ لزيادة علمها ، ولو انعكس الحال فقال الداخل : هو ملكي اشتريته منك وأقام بينة ، وأطلقت بينة الخارج الملك . . قدمت بينة الداخل ؛ لأنها تقدم عند الإطلاق فعند ذكر الانتقال أولىٰ ، لـٰكن إذا كانت بينته حاضرة . . لا تزال يده قبل إقامتها على الصحيح .

ووجه مقابله : أنه اعترف أنه كان له فيدفع إليه ، فإذا ثبت ما ادعاه . . استردا ، أما لو زعم أن بينته غائبة . . فإنه يؤمر بالتسليم في الحال ، وإذا أثبت . . استرد .

فرع :

تداعيا بعيراً لأحدهما عليه حمل . . فالقول قول صاحب الحمل مع يمينه ؛ لانفراده بالانتفاع به ، ولو تداعيا عبداً لأحدهما عليه ثوب . . لم يحكم له بالعبد ، والفرق : أن كون حمله على البعير انتفاع به قيده عليه ، والمنفعة في لبس الثوب للعبد لا لصاحب الثوب ، فلا يد له .

وقال البغوي : إذا تداعيا جارية حاملاً ، واتفقا علىٰ أن الحمل لأحدهما . . فهي لصاحب الحمل .

قال : (**ومن أقر لغيره بشيء ثم ادعاه . . لم تسمع إلا أن يذكر انتقالاً**) ؛ لأن المكلف مؤاخذ بإقراره في المستقبل ، فيستصحب ما أقر به إلىٰ أن يثبت الانتقال .

وخالف القاضي حسين جميع الأصحاب فقال : تسمع دعواه مطلقاً من غير ذكر تلق من المقر له ؛ لأنه وإن لم يذكر في الدعوىٰ تلقي الملك منه فهو في تأويل

وَمَنْ أُخِذَ مِنْهُ مَالٌ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ ٱدَّعَاهُ . . لَمْ يُشْتَرَطْ ذِكْرُ ٱلِانْتِقَالِ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّ زِيَادَةَ عَدَدِ شُهُودِ أَحَدِهِمَا لَا تُرَجِّحُ ، وَكَذَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا رَجُلَانِ وَلِلْآخَرِ رَجُلٌ وَ ٱمْرَأَتَانِ ، وَإِنْ كَانَ لِلْآخَرِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ . . رُجِّحَ ٱلشَّاهِدَانِ فِي ٱلْأَظْهَرِ ، . . . .

المتلقي ، فيحمل عليه ؛ إذ من الممكن أن يكون المقر اشتراها بعد الإقرار من المقر له .

قال : (**ومن أخذ منه مال ببينة ثم ادعاه . . لم يشترط ذكر الانتقال في الأصح**) كالأجنبي ؛ فإنه لا خلاف أنه إذا أقام بينة مطلقة . . سمعت .

والثاني : يشترط ؛ لأنه صار مؤاخذاً بالبينة كما لو أقر ، وهـٰذه من صور قوله قبل ذلك : (ولو أزيلت يده ببينة) فكان الأحسن أن يذكرها عقبها .

قال : (**والمذهب : أن زيادة عدد شهود أحدهما لا ترجح**) ، بل يتعارضان ؛ لما روى البيهقي [١٠/٢٥٧] عن علي أنه قال : (لا يرجح بكثرة العدد) ، ولأن ما يتقدر بالشرع لا يختلف حكمه بالزيادة والنقصان كدية الحر ، وهـٰذا هو الجديد .

وفي القديم قولان : أشبههما : نعم ؛ لأن القلب إلىٰ قول الأكثر أميل ، وكذلك إذا كانت إحداهما أظهر عدالة أو فقهاً ، أو معها شهادة أحد الخلفاء الأربعة .

أما الرواية فترجح بذلك ؛ إذ لا ضبط فيها ، فيعمل فيها بما يغلب على الظن ، وللشهادة نصاب مضبوط ، وقيل : هي كالشهادة أيضاً ، وعن الإصطخري : أنه يرجح بجميع ذلك في الشهادة .

ولا ترجيح بالشرف والسن قولاً واحداً ، وفي عدم الترجيح بالعلم نظر .

قال : (**وكذا لو كان لأحدهما رجلان وللآخر رجل وامرأتان**) فلا ترجيح على المذهب ؛ لقيام الحجة بكل منهما ، وقيل : قولان .

قال : (**وإن كان للآخر شاهد ويمين . . رجح الشاهدان في الأظهر**) ؛ لأنها حجة مجمع عليها ، ولأنها أبعد عن تهمة الكذب .

والثاني : يتعادلان ؛ لأن كلاً منهما حجة كافية في المال .

وَلَوْ شَهِدَتْ لِأَحَدِهِمَا بِمِلْكٍ مِنْ سَنَةٍ وَلِلْآخَرِ مِنْ أَكْثَرَ . . فَٱلْأَظْهَرُ : تَرْجِيحُ ٱلْأَكْثَرِ ، وَلِصَاحِبِهَا ٱلْأُجْرَةُ وَٱلزِّيَادَةُ ٱلْحَادِثَةُ مِنْ يَوْمِئِذٍ . وَلَوْ أَطْلَقَتْ بَيِّنَةٌ وَأَرَّخَتْ بَيِّنَةٌ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُمَا سَوَاءٌ ، . . . .

فعلى الأول : لو كان مع صاحب الشاهد واليمين يد فهل يرجح هو أو صاحب الشاهدين أو يتعادلان؟ أوجه : أصحها ثالثها .

قال : (**ولو شهدت لأحدهما بملك من سنة ولآخر من أكثر . . فالأظهر : ترجيح الأكثر**) ؛ لأنها انفردت بإثبات الملك في زمان لا تعارضها فيه الأخرىٰ ، فوجب وقف المتعارض ، ولأن ثبوت ملك المتقدم يمنع أن يملكه المتأخر إلا عنه ، و لم تتضمنه الشهادة له ، فلم يحكم له بها .

والثاني : يتعارضان ، ورجحه ابن سريج وابن كج ؛ لأن المقصود إثبات الملك في الحال ، ولا تأثير للسبق ؛ فإنه غير منازع فيه .

والطريقة الثانية : القطع بالأول ، لـٰكن الذي رجحاه هنا خالفاه في (باب اللقيط) فقالا : إن البينتين على اللقيط إذا قيدتا بتاريخين مختلفين . . يقدم السابق ، بخلاف المال ؛ فإنه لا يقدم فيه بسبق التاريخ على الأصح ، والصواب : ما ذكراه في هـٰذا الباب من ترجيح التقديم .

وصورة المسألة : أن تكون العين في يدهما أو في يد ثالث ، فإن كانت في يد أحدهما . . فسيذكرها المصنف .

وصورها ابن الرفعة بما إذا شهدا مع ذلك بالملك في الحال ، وهو مراد المصنف وغيره ممن أطلق المسألة ؛ لما سيأتي في الشهادة بالملك القديم أنها لا تسمع ، فضلاً عن أن ترجح .

قال : (**ولصاحبها الأجرة والزيادة الحادثة من يومئذ**) ؛ لأنها نماء ملكه ، وإن قلنا بمقابل الأظهر . . ففيه الخلاف السابق في تعارض البينتين .

قال : (**ولو أطلقت بينة وأرخت بينة . . فالمذهب : أنهما سواء**) ؛ لأن المطلقة كالعامة بالنسبة إلى الأزمان .

وَقِيلَ : تُقَدَّمُ ٱلْمُؤَرِّخَةُ وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ مُتَأَخِّرَةِ ٱلتَّارِيخِ يَدٌ . . قُدِّمَ ، وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِهِ أَمْسِ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ . . لَمْ تُسْمَعْ حَتَّىٰ يَقُولُوا : وَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ ، أَوْ لاَ نَعْلَمُ مُزِيلاً لَهُ . . . .

قال : (**وقيل : تقدم المؤرخة**)[1] ؛ لأن معها زيادة علم ، لأنها تثبت الملك من وقت معين ، والأخرىٰ لا تقتضي إلا الملك في الحال .

لٰكن يستثنىٰ : ما إذا شهدت بينة بالحق والأخرىٰ بالإبراء ، أو أطلقت إحداهما وأرخت الأخرىٰ . . فإن بينة البراءة أولىٰ ؛ لأنها إنما تكون بعد الوجوب ، وهٰذا بخلاف الرواية ، فقد ذكر الأصوليون : أنه يرجح الخبر المروي مطلقاً على الخبر المؤرخ ؛ لأن المطلق أشبه بالمتأخر .

قال : (**وأنه لو كان لصاحب متأخرة التاريخ يد . . قدم**) ؛ لتساقط البينتين فتبقى اليد ، وهي أقوىٰ من الشهادة على الملك ولهٰذا لا يزال بها .

والثاني : ترجيح السبق ؛ لأن الترجيح من جهة البينة يقدم على الترجيح من جهة اليد .

والثالث : أنهما يتساويان ؛ لتعارض المعنيين .

وحكى ابن الصباغ والفوراني طريقة قاطعة بالأول ، وبه يتم في المسألة طريقان ، ويصح عطف المسألة على التعبير بـ(المذهب) .

واحترز بقوله : (متأخرة التاريخ) عما إذا كانت اليد لصاحبه متقدمة التاريخ . . فإنها تقدم بلا خلاف ، وهي تفهم من كلامه من باب أولىٰ .

قال : (**وأنها لو شهدت بملكه أمس ولم تتعرض للحال . . لم تسمع حتىٰ يقولوا : ولم يزل ملكه ، أو لا نعلم مزيلاً له**) ؛ لأن دعوى الملك السابق لا تسمع ، فكذلك البينة عليه .

والثاني : تسمع ؛ لأنها أثبتت الملك له سابقاً والأصل دوامه .

---

(١) هٰذا القول في نسخ الدميري كلها ، وهو موافق لما في « الروضة » (١٢/ ٦٢) ، ولم يوجد في شيء من نسخ « المنهاج » وشروحه التي بين أيدينا ، إلا أن صاحب « المغني » ذكره ضمن شرحه (٤/ ٦٣٩) ، وأحاله إلى « أصل الروضة » ، وكذا صاحب « النهاية » (٨/ ٣٦٥) ، وأحاله إلىٰ « الروضة » ، وكذا صاحب « العجالة » (١٨٦١) دون إحالة .

وَتَجُوزُ ٱلشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ ٱلآنَ ٱسْتِصْحَاباً لِمَا سَبَقَ مِنْ إِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا . وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أَمْسِ بِٱلْمِلْكِ لَهُ . . ٱسْتُدِيمَ . وَلَوْ أَقَامَهَا بِمِلْكِ دَابَّةٍ أَوْ شَجَرَةٍ . . لَمْ يَسْتَحِقَّ ثَمَرَةً مَوْجُودَةً ، وَلاَ وَلَداً مُنْفَصِلاً ، . . . .

وعن ابن سريج بناء الخلاف على أن الاستصحاب هل هو دليل شرعي أم لا؟

والطريقة الثانية : القطع بالأول ، لـكن تستثنىٰ من إطلاقه صورتان :

إحداهما : إذا شهدت إحداهما أنه كان ملكه بالأمس اشتراه من صاحب اليد ، أو أقر له به بالأمس ولم تتعرض للحال . . فإنها تقبل ، وسيأتي في كلام المصنف .

الثانية : لو كان بيده شخص يدعي رقه ، فادعىٰ آخر أنه كان له وأنه أعتقه وأقام بينة . . فقيل على القولين ؛ لأنها شهادة بملك متقدم .

والمذهب : القطع بالقبول ؛ لأن المقصود هنا إثبات العتق ، وذكر الملك السابق وقع تبعاً ، ذكره الرافعي في (فصل اليمين مع الشاهد) .

قال : (**وتجوز الشهادة بملكه الآن استصحاباً لما سبق من إرث وشراء وغيرهما**) إعمالاً للاستصحاب ؛ لأن الأصل البقاء .

هـٰذا إذا أطلق الشهادة، فإن صرح في شهادته بأنه اعتمد الاستصحاب . . لم تقبل كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي وحركة الحلقوم، وقال القاضي حسين: تقبل.

فإن قالا : لا ندري هل زال أو لا . . لم تقبل قطعاً .

قال : (**ولو شهدت بإقراره أمس بالملك له . . استديم**) أي : حكم الإقرار وإن لم يصرح الشاهد بالملك في الحال .

وقيل بطرد القولين في الشهادة بالملك المتقدم ، والظاهر الأول ، ولولاه . . لبطلت فائدة الأقارير .

قال الإمام : والخلاف منقاس ، لـكنه خرقٌ لما درج عليه الأولون .

قال : (**ولو أقامها بملك دابة أو شجرة . . لم يستحق ثمرة موجودة ، ولا ولداً منفصلاً**)[1] .

---

(١) في هامش (ص) : (هـٰذه ساقطة من « الدميري ») ، وفي هامش (د) بعد قوله : =

وَيَسْتَحِقُّ حَمْلاً فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ شَيْئاً فَأَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ . . رَجَعَ عَلَىٰ بَائِعِهِ بِٱلثَّمَنِ ، . . . .

قال : (**ويستحق حملاً في الأصح**) تبعاً لها ، كما لو اشتراها وهي حامل . . فإن الملك يثبت له على الحمل وإن لم يذكره حالة العقد .

والثاني : لا ؛ لاحتمال كونه لغيره بوصية ، والمنقول الأول ، وإنما الثاني احتمال للإمام فقط ، والمراد : الحمل الموجود ثَمَّ عند الشهادة له بالأم ، حتىٰ لو انفصل الحمل بعد الشهادة وقبل التزكية . . كان للمدعي قياساً علىٰ شراء الحامل .

واحترز بـ(الحمل) عن الولد المنفصل ؛ فإنه لا يستحقه ، وكذلك لو أقامها بملك شجرة . . لا يستحق ثمرتها .

قال : (**ولو اشترىٰ شيئاً فأخذ منه بحجة مطلقة**) أي : ليست متعرضة لملك سابق(. . **رجع علىٰ بائعه بالثمن**) ؛ لأن الأصل أن لا معاملة بين المشتري والمدعي ولا انتقال ، فيستدام الملك المشهود به .

واحترز بقوله : (مطلقة) عما لو أسندت الاستحقاق إلىٰ حالة العقد فيرجع قطعاً ، وعما لو أخذ منه بإقراره بأنه ملك المدعي . . فلا يرجع على البائع بشيء .

وموضع الخلاف إذا لم يصدقه المشتري ، فإن صدقه . . لم يرجع على البائع قطعاً كما تقدم .

= (منفصلاً) : (هنا بياض) ، وإتماماً للفائدة نذكر هنا شرح الخطيب الشربيني لعبارة « المنهاج » في « مغني المحتاج » (٤/ ٦٤١) :

قال : (**ولو أقامها بملك دابة ، أو شجرة . . لم يستحق ثمرة موجودة ولا**) يستحق (**ولداً منفصلاً**) عند الشهادة المسبوقة بالملك ، بل يبقيان للمدعىٰ عليه ؛ لأن الثمرة والولد ليسا من أجزاء الدابة والشجرة ، ولذلك لا يتبعانهما في البيع المطلق .

تنبيه : قيد البلقيني الثمرة بأن لا تدخل في البيع ؛ لكونها مؤبرة في تمر النخل أو بارزة في التين والعنب ونحو ذلك ، فإن دخلت في مطلق بيع الشجرة . . استحقها مقيم البينة بملك الشجرة ، قال : وكلام الأصحاب شاهد لذلك . وبسط ذلك ، وأشار إلىٰ ذلك في « المطلب » ، وهو مقتضىٰ تعبير « الروضة » بالظاهر .

وَقِيلَ : لاَ ، إِلاَّ إِذَا ٱدَّعَىٰ مِلْكاً سَابِقاً عَلَى ٱلشِّرَاءِ . وَلَوِ ٱدَّعَىٰ مِلْكاً مُطْلَقاً فَشَهِدُوا لَهُ مَعَ سَبَبِهِ . . لَمْ يَضُرَّ ، وَإِنْ ذَكَرَ سَبَباً وَهُمْ سَبَباً آخَرَ . . ضَرَّ . . . .

وأشار بقوله : (رجع علىٰ بائعه) إلىٰ فرع حسن ، وهو أن المشتري من المشتري إذا استحق الملك في يده ولم يظفر ببائعه هل له مطالبة البائع الأول؟ الأصح : لا ، وبه أفتى القاضي حسين .

قال : (**وقيل : لا ، إلا إذا ادعىٰ ملكاً سابقاً على الشراء**) ؛ وفاء بالأصل المذكور ، لاحتمال انتقال الملك من المشتري إلى المدعي ، وتكون المبايعة صحيحة ، وهـٰذا ينقل عن القاضي حسين .

قال : (**ولو ادعىٰ ملكاً مطلقاً فشهدوا له مع سببه . . لم يضر**) ؛ لأنها زيادة علم لـٰكن لا تقدم هـٰذه البينة بذكر السبب بناء علىٰ أن ذكر السبب مرجح ؛ لأنهم ذكروا السبب قبل الدعوىٰ به والإشهاد عليه .

فإن أعاد دعوى الملك وسببه فشهدوا بذلك . . رجحت حينئذ .

قال : (**وإن ذكر سبباً وهم سبباً آخر . . ضر**) فتبطل شهادتهم ؛ لمناقضتها الدعوىٰ .

وقيل : لا يضر ، بل تقبل علىٰ أصل الملك ويلغو السبب .

تتمة :

هـٰذا نظير المرجح فيما إذا قال : له علي ألف من ثمن عبد ، فقال المقر له : لا ، بل من ثمن دار . . فإنه لا يضر ، ويحتمل الاختلاف في عين السبب ، وفي الفرق عسر .

ولو شهد شاهد بألف من ثمن مبيع وآخر بألف من قرض والدعوىٰ مطلقة . . فقد سبق في (الإقرار) أنه لا يثبت بشهادتهما شيء ، وقياس الوجه الثاني في كلام المصنف علىٰ ضعفه : ثبوت الألف .

فَصْلٌ :

قَالَ : آجَرْتُكَ ٱلْبَيْتَ بِعَشَرَةٍ ، فَقَالَ : بَلْ جَمِيعَ ٱلدَّارِ بِٱلْعَشَرَةِ ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ . . تَعَارَضَتَا ، وَفِي قَوْلٍ : يُقَدَّمُ ٱلْمُسْتَأْجِرُ . . . .

قال : (**فصل** :

قال : آجرتك البيت بعشرة ، فقال : بل جميع الدار بالعشرة ، وأقاما بينتين . . تعارضتا) ؛ لتكاذبهما ، فتتساقطان على الصحيح ، ويرجع إلى التحالف ثم ينفسخ العقد ، أو يفسخ علىٰ ما سبق في بابه ، وعلى القول بالاستعمال يقرع على الأصح ، ولا تأتي القسمة والوقف على المشهور ، أما القسمة . . فلأن التنازع هنا في العقد وهو لا يمكن أن يقسم ، بخلاف الملك ، وأما الوقف . . فلأن المنافع تفوت في مدة التوقف .

وقال ابن سلمة : لا يقرع ؛ لأن القرعة عند تساوي الجانبين ، ولا تساوي ؛ لأن جانب المكري أقوىٰ بملك الرقبة .

قال : (**وفي قول : يقدم المستأجر**) ؛ لاشتمال بينته علىٰ زيادة ، وهي اكتراء جميع الدار ، فكان كما لو شهدت بينة بألف وبينة بألفين . . يثبت ألفان ، وهـٰذا من تخريج ابن سريج .

فرع :

اختلف المكري والمكتري في الرفوف ، فإن كانت مسمرة . . فالقول قول المكري ، وكذا حكم كل متصل كالأبواب والسلالم المسمرة وغيرها ، وما لا يتصل بالدار من قماش ونحوه القول فيه قول المكتري كيده .

وأما الرفوف والسلالم غير المسمرة . . فالعرف فيها مضطرب .

قال ابن سريج : المنصوص : أنهما يتحالفان فيها وتكون بينهما .

وقال بعض الأصحاب : القول فيها قول المكتري مع يمينه ؛ لأن الدار بيده بجميع ما فيها ، وربما ينصب الساكن الرف بالمسمار ، والعرف قاض بذلك .

وَلَوِ ٱدَّعَيَا شَيْئاً فِي يَدِ ثَالِثٍ ، وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ ٱشْتَرَاهُ وَوَزَنَ لَهُ ثَمَنَهُ : فَإِنِ ٱخْتَلَفَ تَارِيخٌ . . حُكِمَ لِلأَسْبَقِ ، وَإِلاَّ . . تَعَارَضَتَا . وَلَوْ قَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا : بِعْتُكَهُ بِكَذَا ، وَأَقَامَاهُمَا : فَإِنِ ٱتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا . . تَعَارَضَتَا ، . . . .

قال : (**ولو ادعيا شيئاً في يد ثالث ، وأقام كل منهما بينة أنه اشتراه ووزن له ثمنه : فإن اختلف تاريخ**) بأن شهدت عليه إحداهما أنه ابتاعه منه في رمضان وبينة الآخر أنه ابتاعه منه في شوال(. . **حكم للأسبق**) ؛ لزيادة العلم ، ولأنه إذا باع من أحدهما . . لم يتمكن من البيع للآخر ، فلو حصل منه إقرار لأحدهما . . سلمت إليه وفي حلفه للآخر خلاف ، ولو أقام أحدهما بينة . . قضي له .

قال : (**وإلا . . تعارضتا**) ؛ لأن التأريخ لم يختلف ، فإن قلنا بالسقوط . . استرد الثمن على الأصح إن لم تتعرض البينة لقبض المبيع ، وإن تعرضت له . . فلا ؛ لأن العقد استقر بالقبض ، وليس على البائع عهدة ما يحدث بعده ، وإن قلنا بالاستعمال . . فالأشهر : لا يأتي الوقف ، وتأتي القرعة والقسمة .

ولم يفرقوا فيما إذا لم يختلف تاريخ البينتين بين أن يطلقا ، أو يتحد تاريخهما ، أو تطلق واحدة وتؤرخ أخرىٰ ، بل صرحوا بالتسوية ، وشمل ذلك قول المصنف : (وإلا تعارضتا) .

قال : (**ولو قال كل منهما : بعتكه بكذا ، وأقاماهما : فإن اتحد تاريخهما . . تعارضتا**) هـٰذه المسألة غير التي قبلها ، فتلك ادعى اثنان شراء ما في يده وكل يطالب به ، وهـٰهنا ادعى اثنان بيع ما في يده منه ، وكل يطالب بالثمن .

وصورتها : دار في يد إنسان جاء اثنان فقال كل واحد منهما : ابتعت منك هـٰذه الدار وكانت ملكي بكذا فأد الثمن ، فإن أقر لهما . . طولب بالثمنين ، وإن أقر لأحدهما . . طولب بالثمن الذي سماه وحلف للآخر ، وإن أقر أنه ابتاعها منهما معاً . . لزمه لكل منهما نصف الثمن وحلف على الباقي ، وإن أنكرهما . . حلف لكل منهما يميناً واندفعا .

وإن أقاما بينتين . . تعارضتا كما قال المصنف ؛ لاستحالة كون الشيء الواحد ملكاً في وقت واحد لهـٰذا وحده ، ولهـٰذا وحده فعلىٰ قول التساقط كأنه لا بينة ، وعلىٰ قول

وَإِنِ ٱخْتَلَفَ . . لَزِمَهُ ٱلثَّمَنَانِ ، وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

القرعة من خرجت له قضي له بالثمن الذي شهد به شهوده ، وللآخر تحليفه لا محالة ؛ لأنه لو اعترف به بعد ذلك . . لزمه ، وعلى القسمة لكل منهما نصف الثمن الذي سماه ، وكأن الدار كانت لهما فباعاها بثمنين مختلفين أو متفقين .

وفي مجيء قول الوقف الخلاف السابق ، والظاهر مجيئه هنا ، فلو لم تكن بينة . . حلف لهما يمينين ، وإن أقام أحدهما بينة . . قضي له وحلف للآخر .

قال : (**وإن اختلف . . لزمه الثمنان**) ؛ لأن التنافي غير معلوم والجمع ممكن ، لكن يشترط أن يكون بينهما زمان يمكن فيه العقد الأول ، ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني ، ثم العقد الثاني ، فإذا عين الشهود وقتاً لا يتأتىٰ فيه ذلك . . لم يتصور لزوم الثمنين .

قال : (**وكذا لو أطلقتا أو إحداهما**) أي : وأرخت الأخرىٰ (**في الأصح**) ؛ لإمكان الجمع .

والثاني : أنهما كمتحدتي التاريخ ؛ لأن الأصل براءة ذمة المشتري فلا يلزمه إلا اليقين .

وصور الشافعي المسألة بما إذا قال كل واحد : إنه باعه الدار وهو مالك لها ، وجرىٰ عليه الأكثرون .

وقضية إطلاق الكتاب وغيره أنه لا فرق في الحكم بين أن يذكر أنها ملكه وقت البيع أو لا ، وهو ما حكاه أبو الفياض البصري في « تتمة الجامع الصغير » واستغربه الرافعي .

فرع :

شهد اثنان أنه باع من فلان ساعة كذا ، وآخران أنه كان في تلك الساعة ساكتاً ، أو شهد أنه قتل زيداً ساعة كذا ، وآخران أنه كان في تلك الساعة لا يتحرك ولا يعمل شيئاً . . ففي قبول الشهادة الثانية خلاف للأصحاب ؛ لأنها شهادة على النفي .

قال المصنف : الأصح القبول ؛ لأن النفي المحصور كالإثبات في إمكان الإحاطة

وَلَوْ مَاتَ عَنِ ٱبْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا : مَاتَ عَلَىٰ دِينِي : فَإِنْ عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ نَصْرانِيّاً . . صُدِّقَ ٱلنَّصْرَانِيُّ ، فَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ . . قُدِّمَ ٱلْمُسْلِمُ ، وَإِنْ قَيَّدَتْ أَنَّ آخِرَ كَلاَمِهِ إِسْلاَمٌ وَعَكَسَتْهُ ٱلأُخْرَىٰ . . تَعَارَضَتَا ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ دِينُهُ وَأَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ عَلَىٰ دِينِهِ . . تَعَارَضَتَا . . . .

به ، ويوافقه قول الرافعي في آخر (الطلاق) : إنه لو رأىٰ ذهباً فحلف بالطلاق أنه الذهب الذي أخذه من فلان فشهد شاهدان أنه ليس ذلك الذهب . . وقع الطلاق علىٰ ظاهر المذهب وإن كانت هـٰذه شهادة على النفي ؛ لأنه نفي يحيط العلم به .

فرع :

قامت بينة أن هـٰذا ابن زيد ، لا يعرف له وارث سواه ، وبينة أن هـٰذا ابنه ، لا يعرف له وارث سواه . . ثبت نسبهما ، ولعل كل واحدة أطلقت علم ما لم تطلع عليه الأخرىٰ .

قال : (**ولو مات عن ابنين مسلم ونصراني فقال كل منهما : مات علىٰ ديني : فإن عرف أنه كان نصرانياً . . صدق النصراني**) أي : مع يمينه ؛ لأن الأصل بقاء الكفر والمسلم يدعي انتقالاً الأصل عدمه .

قال : (**فإن أقاما بينتين مطلقتين . . قدم المسلم**) ؛ لأن مع بينته زيادة علم ، وهو انتقاله من النصرانية إلى الإسلام ، والأخرى استصحبت الأصل ، والناقلة أولىٰ من المستصحبة .

قال : (**وإن قيدت أن آخر كلامه إسلام وعكسته الأخرىٰ . . تعارضتا**) ؛ لاستحالة موته مسلماً نصرانياً ، وتصير كأن لا بينة فيصدق النصراني بيمينه ؛ لأن الظاهر معه .

ونقل شريح الروياني عن جده وجهاً ضعيفاً : أنه يصير مسلماً لحكم الدار .

وإن قلنا بالاستعمال . . فعلىٰ قول الوقف : توقف ؛ لأن المدعىٰ مال ، وعلىٰ قول القرعة : من خرجت له . . فله التركة ، وعلىٰ قول القسمة : تجعل بينهما نصفين كغير الإرث .

قال : (**وإن لم يعرف دينه وأقام كل بينة أنه مات علىٰ دينه . . تعارضتا**) ، سواء أطلقتا أم قيدتا باللفظ عند الموت ؛ لاستحالة إعمالهما ، أما إذا لم تكن بينة ، فإن كان

وَلَوْ مَاتَ نَصْرَانِيٌّ عَنِ ٱبْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ ٱلْمُسْلِمُ : أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَٱلْمِيرَاثُ بَيْنَنَا ، وَقَالَ ٱلنَّصْرَانِيُّ : بَلْ قَبْلَهُ . . صُدِّقَ ٱلْمُسْلِمُ بِيَمِينِهِ ، وَإِنْ أَقَامَاهُمَا . . قُدِّمَ ٱلنَّصْرَانِيُّ ، فَلَوِ ٱتَّفَقَا عَلَىٰ إِسْلاَمِ ٱلِابْنِ فِي رَمَضَانَ ، وَقَالَ ٱلْمُسْلِمُ: مَاتَ ٱلأَبُ فِي شَعْبَانَ، وَقَالَ ٱلنَّصْرَانِيُّ : فِي شَوَّالٍ . . صُدِّقَ ٱلنَّصْرَانِيُّ ،

المال في يد غيرهما . . فالقول قوله ، وإن كان في يدهما . . حلف كل لصاحبه وجعل بينهما ، وكذا لو كان في يد أحدهما في الأصح .

وتقدم في (الجنائز) : أن الميت يغسل ويصلىٰ عليه في هـٰذه المسائل ، وتنوى الصلاة عليه إن كان مسلماً ، وكذا يقيد الدعاء بذلك .

ويشترط في بينته أن يفسر كلمة التنصر بما يختص به كثالث ثلاثة ونحوها ، وهل يجب التفسير في بينة المسلم؟ وجهان .

قال : (**ولو مات نصراني عن ابنين مسلم ونصراني فقال المسلم : أسلمت بعد موته . . فالميراث بيننا ، وقال النصراني : بل قبله**) أي : فلا ميراث لك (. . **صدق المسلم بيمينه**) ؛ لأن الأصل بقاؤه علىٰ دينه ، فيحلف ويشتركان في المال ، وإن أقام بينة . . قضي بها .

هـٰذا إن لم يتعرض لتاريخ موت الأب وإسلام الابن ، بل أطلقا ذلك أو اتفقا علىٰ وقت موت الأب كرمضان ، وقال المسلم : أسلمت في شوال ، وقال أخوه : بل في شعبان ؛ لأن الأصل بقاؤه علىٰ دينه فيشتركان .

نعم ؛ لو شهدت بينة المسلم بأنهم سمعوا منه النصرانية إلىٰ نصف شوال مثلاً . . تعارضتا .

قال : (**وإن أقاماهما . . قدم النصراني**) ؛ لما مع بينته من زيادة العلم ، لأنها ناقلة من النصرانية إلى الإسلام ، وتلك مستصحبة ولا فرق ـ كما قاله في « المحرر » وغيره ـ بين كون هـٰذا التاريخ مع الاتفاق علىٰ تاريخ موت الأب أو دونه .

قال : (**فلو اتفقا علىٰ إسلام الابن في رمضان ، وقال المسلم : مات الأب في شعبان ، وقال النصراني : في شوال . . صدق النصراني**) ؛ لأن الأصل بقاء الحياة .

وَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ ٱلْمُسْلِمِ عَلَىٰ بَيِّنَتِهِ . وَلَوْ مَاتَ عَنْ أَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَٱبْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ كُلٌّ : مَاتَ عَلَىٰ دِينِنَا . . صُدِّقَ ٱلْأَبَوَانِ بِٱلْيَمِينِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُوقَفُ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحُوا . . . .

قال : (**وتقدم بينة المسلم علىٰ بينته**) ؛ لأنها نقلت من الحياة إلى الموت في شعبان ، وتلك استصحبت ، فمع الأولىٰ زيادة علم .

واعترض الإمام على الأصحاب بأن بينة النصراني أثبتت الحياة في شعبان ؛ لأنها تشهد على الموت في شوال ، والموت إنما يكون بعد الحياة ، والحياة صفة ثابتة يشهد عليها كالموت ، فيحكم بتعارضهما وجريان أقوال التعارض .

وأجاب الرافعي بأن هٰذا الكلام لا اختصاص له بهٰذه الحالة ، بل يمكن أن يقال في الحالين السابقين .

واقتصر في « الشرح الصغير » علىٰ موافقة الإمام ، ولم يذكر بحثه معه .

قال : (**ولو مات عن أبوين كافرين وابنين مسلمين فقال كل : مات علىٰ ديننا . . صدق الأبوان باليمين**) ؛ لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعاً للأبوين فيستصحب حتىٰ يعلم خلافه .

قال : (**وفي قول : يوقف حتىٰ يتبين أو يصطلحوا**) ؛ لأن التبعية تزول بالبلوغ وحصول الاستقلال .

وقيل : القول قول الابنين ؛ لظاهر الدار .

قال في زوائد « الروضة » : قول الوقف أرجح دليلاً ، لٰكن الأصح عند الأصحاب الأول ، وأنكروا علىٰ صاحب « التنبيه » ترجيحه قول الابنين ، وهو ظاهر الفساد . اهـ

وكأنه قلد ابن يونس في ذلك ، والذي في « ابن الخل » لفظ الأبوين ، وهو أعلم « بالتنبيه » من ابن يونس ، وكذا ذكره جميع العراقيين لٰكن بلا ترجيح ، وبالجملة نسخ « التنبيه » مختلفة .

تنبيهان :

أحدهما : قال ابن الرفعة : محل ما ذكرناه إذا كان الولدان بالغين ولم تكن أمهما

وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سَالِماً ، وَأُخْرَىٰ غَانِماً ، وَكُلٌّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ : فَإِنِ ٱخْتَلَفَ تَارِيخٌ . . قُدِّمَ ٱلأَسْبَقُ ، وَإِن ٱتَّحَدَ . . أُقْرِعَ ، وَإِنْ أَطْلَقَتَا . . قِيلَ : يُقْرَعُ ، وَقِيلَ : فِي قَوْلٍ : يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفُهُ . قُلْتُ : ٱلْمَذْهَبُ : يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَىٰ بِعِتْقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ ، وَوَارِثَانِ حَائِزَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ وَوَصَّىٰ بِعِتْقِ غَانِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ . . ثَبَتَتْ لِغَانِمٍ ، . . . . . .

كافرة ، فإن كانا صغيرين وأمهما كافرة وقامت بينة بإسلامهما أو أقر الجدان بذلك . . فإنه يحكم بموته مسلماً ، وتكون الدعوىٰ من الناظر في مالهما كما قاله في « المرشد » .

الثاني : لو انعكس الحال فكان الأبوان مسلمين والابنان كافرين ، فإن لم يعرف للأبوين كفر قبل الإسلام . . حكم بإسلام ولديهما ولا يمين عليهما والميراث لهما ، وإن علم كفر الأبوين قبل الإسلام . . قال الماوردي : فيجوز أن يولد قبل إسلامهما فيحكم بكفره قبل بلوغه ، ويجوز أن يولد بعده فيكون قبل البلوغ مسلماً .

قال : (**ولو شهدت أنه أعتق في مرضه سالماً ، وأُخرىٰ غانماً ، وكل واحد ثلث ماله : فإن اختلف تاريخ . . قدم الأسبق**) ؛ لأن التصرفات المنجزة في مرض الموت يقدم فيها الأسبق فالأسبق ، ولأن معها زيادة علم .

قال : (**وإن اتحد . . أقرع**) ؛ لعدم المرجح .

قال : (**وإن أطلقتا . . قيل : يقرع**) ؛ لاحتمال المعية والترتيب .

قال : (**وقيل : في قول : يعتق من كل نصفه**) ؛ لأنا لو قرعنا . . لم نأمن أن يخرج الرق على السابق ، وله وللسابق حق الحرية ، فيلزم منه إرقاق حر وتحرير رقيق ، فلذلك اختاره المصنف فقال :

(**قلت : المذهب : يعتق من كل نصفه والله أعلم**) وعبارة « المحرر » : ورجح كلاً طائفة من الأصحاب .

قال : (**ولو شهد أجنبيان أنه أوصىٰ بعتق سالم وهو ثلثه ، ووارثان حائزان أنه رجع عن ذلك ووصىٰ بعتق غانم وهو ثلثه . . ثبتت**) أي : الوصية الثانية (**لغانم**) فتقبل

فَإِنْ كَانَ ٱلْوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ . . لَمْ يَثْبُتِ ٱلرُّجُوعُ فَيَعْتِقُ سَالِمٌ وَمِنْ غَانِمٍ ثُلُثُ مَالِهِ بَعْدَ سَالِمٍ . . . .

شهادة الوارث في الرجوع وفي الوصية الثانية ؛ لأنهما أثبتا للرجوع بدلاً لا يساويه فلا تهمة ، ولا نظر إلىٰ تبديل الولاء وكون الثاني أهدىٰ لجمع المال الذي يورث عنه ؛ فإن مجرد هـٰذا الاحتمال لو ردت الشهادة به . . لما قبلت شهادة قريب لقريب .

وعن أبي حنيفة ومالك : لا تقبل شهادتهما على الرجوع بذلك ، بل يعتق العبدان معاً .

تنبيه :

قوله هنا : (حائزان) لا فائدة له ؛ فإن الحكم كذلك وإن لم يكونا حائزين ، بل ولا وارثين ، وإنما ذكره المصنف توطئة للمسألة التي بعده فإنه قيد فيها .

قال : (**فإن كان الوارثان فاسقين . . لم يثبت الرجوع فيعتق سالم**) بشهادة الأجنبيين ؛ لأن الثلث يحتمله ولم يثبت الرجوع فيه .

قال : (**ومن غانم ثلث ماله بعد سالم**) أي : ويعتق من غانم قدر ما يحتمله ثلث الباقي بعد سالم من الثلثين ، وكأن سالماً هلك أو غصب من التركة .

ولو قال الوارثان : أوصىٰ بعتق غانم ، ولم يتعرضا للرجوع عن سالم . . فالمذهب : القرعة ، وقيل : قولان : ثانيهما القسمة .

ولو كانت المسألة بحالها لـٰكن سالم سدس المال . . فالوارثان متهمان برد العتق من الثلث إلى السدس ، فلا تقبل شهادتهما بالرجوع في النصف الذي لم يثبتا له بدلاً ، وفي الباقي الخلاف في تبعيض الشهادة ، فإن قلنا : لا تبعض ـ وهو الذي أجاب به الشافعي في هـٰذه المسألة ـ ردت شهادتهما فيه أيضاً ، ويعتق العبدان الأول بشهادة الأجانب والثاني بإقرار الورثة ، فإن لم يكونا حائزين . . عتق منه قدر ما يستحقانه ، وإن قلنا : تبعض . . عتق نصف الأول وكل الثاني .

كل هـٰذا إذا لم يكن في التركة وصية أخرىٰ ، فإن كان أوصىٰ بثلث ماله لرجل آخر وقامت البينتان لسالم وغانم كما ذكرنا . . قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن وصية سالم ؛

فَصْلٌ :

....

إذ لا تهمة في الرجوع ، فيجعل الثلث أثلاثاً بين الموصىٰ له بالثلث وعتق سالم ، فيعطى الموصىٰ له ثلث الثلث ، ويعتق من سالم ثلثاه وهو ثلث الثلث .

تتمة :

قال الشافعي : إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ، فمن أقام البينة علىٰ شيء من ذلك . . فهو له ، ومن لم يقم بينة . . فالقياس الذي لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه : أن هـٰذا المتاع في أيديهما معاً ، فيحلف كل منهما لصاحبه علىٰ دعواه ؛ فإن حلفا جميعاً . . فهو بينهما نصفين .

وإن حلف أحدهما دون الآخر . . قضي للحالف ، وسواء اختلفا مع دوام النكاح أم بعد التفرق ، واختلاف ورثتهما كهما ، وكذلك أحدهما ووارث الآخر ، وسواء ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة أو للزوجة كالحلي والغزل ، أو لهما كالدراهم و الدنانير ، أو لا يصلح لهما كالمصحف وهما أميان والنبل وتاج الملوك وهما عاميان .

وقال أبو حنيفة : إن كان في يديهما حساً . . فهو لهما ، وإن كان في يديهما حكماً ، فما يصلح للرجل . . فللزوج ، أو لا . . فلها ، والذي يصلح لهما . . لهما ، وعن أحمد ومالك قريب من ذلك .

احتج الشافعي بأن الرجل قد يملك متاع المرأة والمرأة متاع الرجل ؛ إذ لو استعملت الظنون . . لحكم في دباغ وعطار تداعيا عطراً ودباغاً في أيديهما أن يكون لكل ما يصلح له ، وفيما إذا تنازع موسر ومعسر في لؤلؤ أن أجعله للموسر ، ولا يجوز الحكم بالظنون .

قال : **(فصل)** :

ترجمه في « المحرر » بـ(كتاب إلحاق القائف) وهو في اللغة : متبع الآثار ، والجمع قافة كبائع وباعة .

والأصل فيه : حديث عائشة الثابت في « الصحيحين » [خ ٦٧٧١ـ م ١٤٥٩/٣٩] قالت :

. . . .

دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مسرور[1] فقال : « أي عائشة ؛ ألم تري أن مجززاً المدلجي دخل فرأىٰ أسامة بن زيد وزيداً عليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال : إن هـٰذه الأقدام بعضها من بعض » .

قيل : سمي مجززاً لأنه كان إذا أخذ أسيراً جز ناصيته ، قال أبو داوود [٢٢٦١] : وكان أسامة أسود وزيد أبيض .

وروى ابن سعد : أن أسامة كان أحمر أشقر وزيد مثل الليل الأسود .

وفي « الرافعي » : أن زيداً كان بين البياض والسواد .

وقال الشافعي : فلو لم تكن القيافة علماً ولها اعتبار وعليها اعتماد . . لمنعه النبي صلى الله عليه وسلم ؛ لأنه لا يقر علىٰ خطأ ، ولا يسر إلا بالحق .

وروىٰ مالك [٢/ ٧٤٠] : أن عمر دعا قائفين في رجلين تداعيا مولوداً .

وشك أنس في مولود له فدعا له قائفاً ، رواه الشافعي [١/ ٣٣٠] ، وبقولنا قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : لا اعتبار بقول القائف .

وفي « عجائب المخلوقات » و« الرافعي » وغيرهما عن بعض التجار : أنه ورث من أبيه مملوكاً أسود شيخاً ، قال : فكنت في بعض أسفاري راكباً علىٰ بعير والمملوك يقوده ، فاجتاز بنا رجل من بني مدلج ، فأمعن فينا نظره ثم قال : ما أشبه الراكب بالقائد ، قال : فرجعت إلىٰ أمي فأخبرتها بذلك فقالت : صدق ، إن زوجي كان شيخاً كبيراً ذا مال ولم يكن له ولد ، فزوجني بهـٰذا المملوك فولدتك ، ثم نكحني واستلحقك .

وإنما ذكر المدلجي الأقدام لأنها أحد ما يظهر به الشبه ، قال القاضي أبو الطيب :

---

(١) في هامش (د) : (وسبب سروره صلى الله عليه وسلم : أن المنافقين كانوا طعنوا في نسب أسامة ؛ لأنه كان طويلاً أسود أقنى الأنف ، وكان زيد قصيراً بين السواد والبياض أخنس الأنف ، وكان طعنهم مغايظة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ إذ كانا حبيبيه ، فلما قال المدلجي ذلك وهو لا يرىٰ إلا أقدامهما . . سُرَّ به) .

أنشدني بعض النسابة لبعض العرب [من الرجز] :

قـد زعمـوا أنـي أحـب مطـرفـا ... بلـىٰ ورب البيـت حبـاً مشـرفـا
يعـرفـه مـن قـاف أو تقـوَّفـا ... فـي القـدميـن[1] واليـديـن والقفـا
وطـرف أذنيـه إذا تشـوفـا

وكانت العرب تحكم بالقافة وتفخر بها وتعدها من أشرف علومها وهي والفراسة غرائز في الطباع ، يعان بها المجبول عليها ، ويعجز المصروف عنها .

قال : (**شرط القائف** : **مسلم** ، **عدل**) فلا يقبل الكافر والفاسق ؛ لأنه حاكم أو قاسم .

وشرط في « المحرر » البلوغ والعقل ، فاستغنى المصنف عنهما بوصف العدالة .

ولا تكفي الظاهرة ، بل لا بد من أهلية الشهادة ، وهي أعم من مطلق العدالة ؛ لشمول النطق والبصر وانتفاء العداوة والولادة .

وكان الصواب أن يقول : إسلام ، وكذا ما بعده فيأتي بالمصدر ، ولهـٰذا قال في « المحرر » : أن يكون مسلماً ، وهو أحسن .

قال : (**مجرب**) لما روى الترمذي [٢٠٣٣] وقال : حسن : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا حكيم إلا ذو تجربة » .

كما لا يولى القضاء إلا بعد معرفة علمه بالأحكام ، فلو ادعىٰ علمه بها . . لم يقبل حتىٰ يجرب » .

وفسر في « المحرر » التجربة بأن يعرض عليه الولد في نسوة ليس فيهن أمه ثم مرة أخرىٰ ثم مرة أخرىٰ كذلك ، ثم مرة أخرىٰ في نسوة فيهن أمه[2] ، فإن أصاب في الجميع . . فهو مجرب ؛ لأنه يجوز أن يصيب في الأولى اتفاقاً وفي الثانية ظناً وفي الثالثة يقيناً ، والعجب من المصنف كيف حذف هـٰذا الحكم ، وفيه وجهان :

---

(١) في النسخ : (الأذنين) ، والتصويب من هامش (د) .
(٢) في هامش (د) : (لاتشترط الأم في النساء ، لـٰكن هي أولىٰ) .

وَٱلْأَصَحُّ : ٱشْتِرَاطُ حُرٍّ ذَكَرٍ ، لاَ عَدَدٍ وَلاَ كَوْنِهِ مُدْلِجِياً . . . .

أحدهما : لا بد من التجربة ثلاثاً ، وهو المحكي في « الشرح » عن الشيخ أبي حامد وأتباعه .

والثاني : مرة ، ونقله في « الذخائر » عن ظاهر نص الأصحاب .

وتوسط الإمام فاعتبر غلبة الظن به عن خبرة لا عن اتفاق ، وهو نظير ما تقدم في جارحة الصيد .

وأما العرض مع أمه . . فهـٰذا من جهة الأولوية ؛ فإن الأصح أنه لا يختص بها ، بل يجوز مع الأب ، وعند فقده مع أحد العصبات والقرابات .

وعلم من قوله : (مجرب) أنه يشترط أن يكون بصيراً ناطقاً ، وهو كذلك .

و(المجرب) بفتح الراء ، قال الجوهري : هـٰكذا تكلمت به العرب ، وهو الذي جربته الأمور وأحكمته .

وقال ابن سيده : المجرب : الذي اختبر ما عنده .

قال : (**والأصح : اشتراط حر ذكر**) كالقاضي .

والثاني : يجوز الرجوع إلى العبد والمرأة كالفتوى ، وقيل : تشترط الحرية دون الذكورة ، ونسبه في « الذخائر » إلى القاضي أبي الطيب ، وإنما أعاد المصنف الحرية مع فهمها من العدالة لأجل الخلاف فيها .

قال : (**لا عدد**) فيكفي قول الواحد كالقاضي والقاسم ، ويدل له الحديث المتقدم .

والثاني : لا بد من اثنين كما في التزكية والتقويم .

قال : (**ولا كونه مدلجياً**) بل يجوز كونه من سائر العرب والعجم ؛ لأن القيافة نوع من العلم ، فمن تعلمه . . عمل بعلمه .

وفي « سنن البيهقي » [١٠/ ٢٦٤] : أن عمر كان قائفاً يقوف .

والثاني : يشترط ؛ لأن الصحابة رجعوا إلىٰ بني مدلج دون سائر العرب ، وقد يخص الله جماعة بنوع من الفضائل كما خص قريشاً بالإمامة ، وصحح هـٰذا الإمام والغزالي وبعض المراوزة .

وَإِذَا تَدَاعَيَا مَجْهُولاً . . عُرِضَ عَلَيْهِ ، وَكَذَا لَوِ ٱشْتَرَكَا فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ مُمْكِناً مِنْهُمَا وَتَنَازَعَاهُ ؛ . . . .

فرع :

يعرض الولد على القافة بعد موته على الأصح ما لم يتغير ، قال البغوي : ولا يعرض بعد الدفن ؛ لما في النبش من الهتك .

قال في « المطلب » : وإطلاق غيره يحمل علىٰ تقييده ، ولو ألقت سقطاً مخططاً . . عرض على القافة .

قال : (**وإذا تداعيا مجهولاً . . عرض عليه**) ، سواء كان لقيطاً أو غيره ، والمجنون البالغ كالطفل .

وأطلق المصنف والرافعي العرض من غير فرق بين أن تكون لأحدهما عليه يد أو لا ، والأشبه : تفصيلٌ ذكره في (اللقيط) ، وهو : أنه إن كان في يد عن التقاط . . لم يقر ، وإن لم يكن عن التقاط . . قدم صاحب اليد .

لـٰكن ظاهر عبارته : أن تداعيهما شرط للعرض ، وليس كذلك ، بل إذا ادعاه أحدهما والآخر ساكت أو منكر . . كان الحكم كذلك ؛ لأن الولد صاحب حق في النسب ، فلا يسقط حقه بإنكار الغير ، وكذلك لو أنكراه معاً ، وسواء كان الولد صغيراً أم بالغاً ، وقيل : لا يرجع إلى القافة بعد بلوغه .

قال : (**وكذا لو اشتركا في وطء فولدت ممكناً منهما وتنازعاه**) أي : ولم تتخلل بين الوطأين حيضة كما سيأتي ، فيعرض على القافة .

وعند أبي حنيفة : يلحق الولد بهما أو بهم ، ولا اعتبار بقول القائف .

واحتج الأصحاب لاعتبار قول القائف بما تقدم ، وبقوله تعالىٰ : ﴿ مَّا جَعَلَ ٱللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ ﴾ ، فلو كان له أبوان . . لكان له قلب إلىٰ كل منهما .

وبأن الولد لا ينعقد من ماء شخصين ؛ لأن الوطء لا بد وأن يكون على التعاقب ، وإذا اجتمع ماء الأول مع ماء المرأة وانعقد الولد منه . . حصلت عليه غشاوة تمنع من اختلاط ماء الثاني بذلك .

بِأَنْ وَطِئَا بِشُبْهَةٍ أَوْ مُشْتَرَكَةً لَهُمَا ، أَوْ وَطِىءَ زَوْجَتَهُ وَطَلَّقَ فَوَطِئَهَا آخَرُ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، أَوْ أَمَتَهُ فَبَاعَهَا فَوَطِئَهَا ٱلْمُشْتَرِي وَلَمْ يَسْتَبْرِىءْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، [وَكَذَا لَوْ وَطِىءَ مَنْكُوحَةً فِي ٱلأَصَحِّ] ، . . . .

وأيضاً فإنه لو تداعى الولد مسلم وكافر أو حر وعبد. . لا يلحق بهما بالاتفاق ، فكذلك إذا تداعاه مسلمان .

وقال إسحاق بن راهويه : السنة : الإقراع في دعوى الولد ؛ لما روى الشافعي [أم ٧/١٧٧] وأحمد [٤/٣٧٤] وأبو داوود [٢٢٦٣] والنسائي [٦/١٨٣] : وابن ماجه [٢٣٤٨] والبيهقي [١٠/٢٦٧] عن زيد بن أرقم أنه قال : كنت جالساً عند النبي صلى الله عليه وسلم ، فجاء رجل من اليمن فقال : إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا علياً يختصمون إليه في أنهم وقعوا على امرأة في طهر واحد ، فسأل كلاً منهم أن يطيب بالولد لغيره فأبىٰ ، فقال : أنتم شركاء متشاكسون ، إني مقرع بينكم ، فمن قرع. . فله الولد ، ثم أقرع بينهم فجعله لمن قرع ، فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتىٰ بدت نواجذه وقال : « القضاء ما قضىٰ علي » .

وكان الشافعي يقول بهـٰذا في القديم ثم رجع عنه ، والحديث ضعفه البخاري ، وقيل لأحمد : ما تقول فيه؟ قال : حديث القافة أحب إلي منه .

قال : (**بأن وطئا بشبهة**) أشار بهـٰذا إلىٰ أن الاشتراك في الوطء على الوجه المذكور يعرض من وجوه : منها : أن يطأها كل منهما بالشبهة كما إذا ظنها زوجته أو أمته .

فلو كانت في نكاح صحيح فوطئها بشبهة. . فوجهان : أصحهما : أنه يعرض عليه أيضاً ، وقيل : يلحق بالزوج ؛ لقوة الفراش .

قال : (**أو مشتركة لهما ، أو وطىء زوجته وطلق فوطئها آخر بشبهة أو نكاح فاسد ، أو أمته فباعها فوطئها المشتري ولم يستبرىء واحد منهما [وكذا لو وطىء منكوحة في الأصح]**) ؛ لأن هـٰذه مواضع الاشتباه ، فإذا ولدت ولداً من الوطأين لزمن الإمكان. . عرض عليه .

فَإِذَا وَلَدَتْ لِمَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْأَيْهِمَا وَٱدَّعَيَاهُ . . عُرِضَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَ وَطْأَيْهِمَا حَيْضَةٌ . . فَلِلثَّانِي ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ٱلأَوَّلُ زَوْجاً فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، . . . .

تنبيهان :

أحدهما : « المحرر » قيد النكاح بالصحيح ، وحذفه المصنف ؛ بناء علىٰ أن ألفاظ العقود تنزل على الصحيح ، لـٰكن يعكر عليه التقييد بالصحة في الصورة الآتية ، ولو قيد هنا وأطلق هناك . . كان أولىٰ ؛ لإمكان الإحالة عليه ، أو يطلق فيهما ؛ حملاً للفظ على الصحيح .

الثاني : أن ذلك لا يثبت إلا بالبينة على الوطء ، ولا يكفي اتفاق الزوجين والواطىء عليه ؛ لأن للمولود حقاً في النسب ، واتفاقهما ليس بحجة عليه .

فإذا قامت البينة . . عرض على القائف ، كذا قاله الرافعي هنا ، وكلامه في (كتاب اللعان) يقتضي الاكتفاء بالاتفاق .

فإن كان المدعىٰ نسبه بالغاً واعترف بجريان وطء الشبهة . . وجب أن يغني عن البينة ، وحينئذ فيجب تقييد كلام المصنف ببينة الوطء أو تصديق الولد المكلف .

قال : (**فإذا ولدت**) أي : الموطوءة في طهر واحد (**لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطأيهما وادعياه . . عرض عليه**) أي : على القائف ؛ لإمكان أن يكون منهما ، وتداعيهما ليس بشرط كما تقدم .

قال : (**فإن تخلل بين وطأيهما حيضة . . فللثاني**) ؛ لأن الحيض أمارة ظاهرة على البراءة عن الأول فيقطع تعلقه عنه ، وإذا انقطع الأول . . تعين الثاني ؛ لأن فراشه لم ينقطع بعد ، ولا فرق بين أن يدعيه الأول أم لا .

قال : (**إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح**) أي : والثاني بشبهة أو نكاح فاسد . . فلا يتعين للثاني ، بل يكون كما لو تخللت الحيضة ؛ لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء ، والإمكان حاصل بعد الحيضة ، بخلاف ملك اليمين ؛ فإنه لايثبت فراشاً .

واحترز بـ(الصحيح) عما لو كان الأول زوجاً بنكاح فاسد . . فالأصح أنه للثاني .

وَسَوَاءٌ فِيهِمَا أَتَّفَقَا إِسْلَامًا وَحُرِّيَّةً أَمْ لَا . . . .

قال : (**وسواء فيهما أتفقا إسلاماً وحرية أم لا**) كما سبق في (اللقيط) ، فالمصنف ذكر المسألة هناك .

وتقدم حكم ما إذا لم يكن قائف ، أو كان وتحير ، أو نفاه عنهما ، أو ألحقه بهما .

تتمة :

قال القاضي حسين : إذا قال القائف : الولد لفلان قبل أن يقول له القاضي : ألحق الولد بأحدهما . . لا يكون شيئاً ، ولا بد من تنفيذ القاضي قول القائف إلا أن يكون في البلد قائف نصبه القاضي حكماً ، فلا يحتاج أن يقول : نفذت قوله .

ونفقة الولد إلىٰ أن يعرض على القائف وفي مدة التوقف إلى الانتساب عليهما ، فإذا التحق بأحدهما . . رجع الآخر عليه بما أنفق إن كان أنفق بإذن الحاكم على المشهور .

ولو استلحق رجل صبياً مجهولاً ، فلما بلغ . . أنكر كونه ابنه . . ففي قبوله قولان كالقولين فيمن حكم بإسلامه تبعاً لأصله ثم بلغ وكفر ، هل يقر؟ والأصح : لا يقر ولا ينقطع اللحوق هنا .

* * *

خاتمة

إذا ألحقه قائف بأحدهما بالأمارة الظاهرة ، فآخر بالأمارة الخفية كالخلق وتشاكل الأعضاء فأيهما أولىٰ؟ وجهان : رجح الشيخان الثاني ؛ لأن فيه زيادة حذق وبصيرة ، وجزم الماوردي بالأول .

ويحتمل أن يقال : يعرض علىٰ ثالث ، فإذا وافق أحدهما . . عمل به كما قيل بمثله في اختلاف جواب المفتيين .

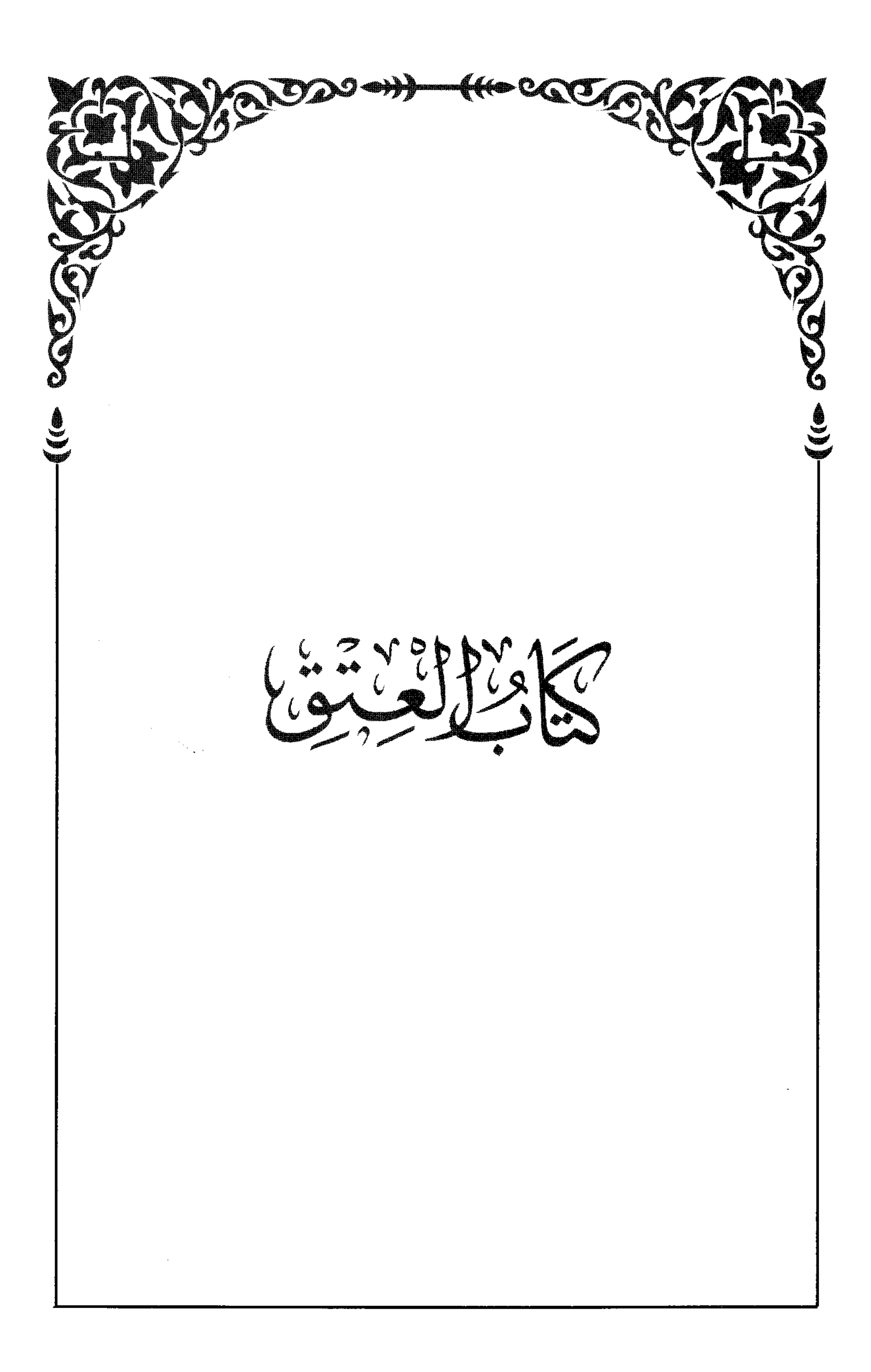
. . . .

ولو ادعاه مسلم وذمي وأقام أحدهما بينة . . تبعه نسباً وديناً ، وإن ألحقه القائف بالذمي . . تبعه نسباً لا ديناً ، ولا تحصل حضانته للذمي .

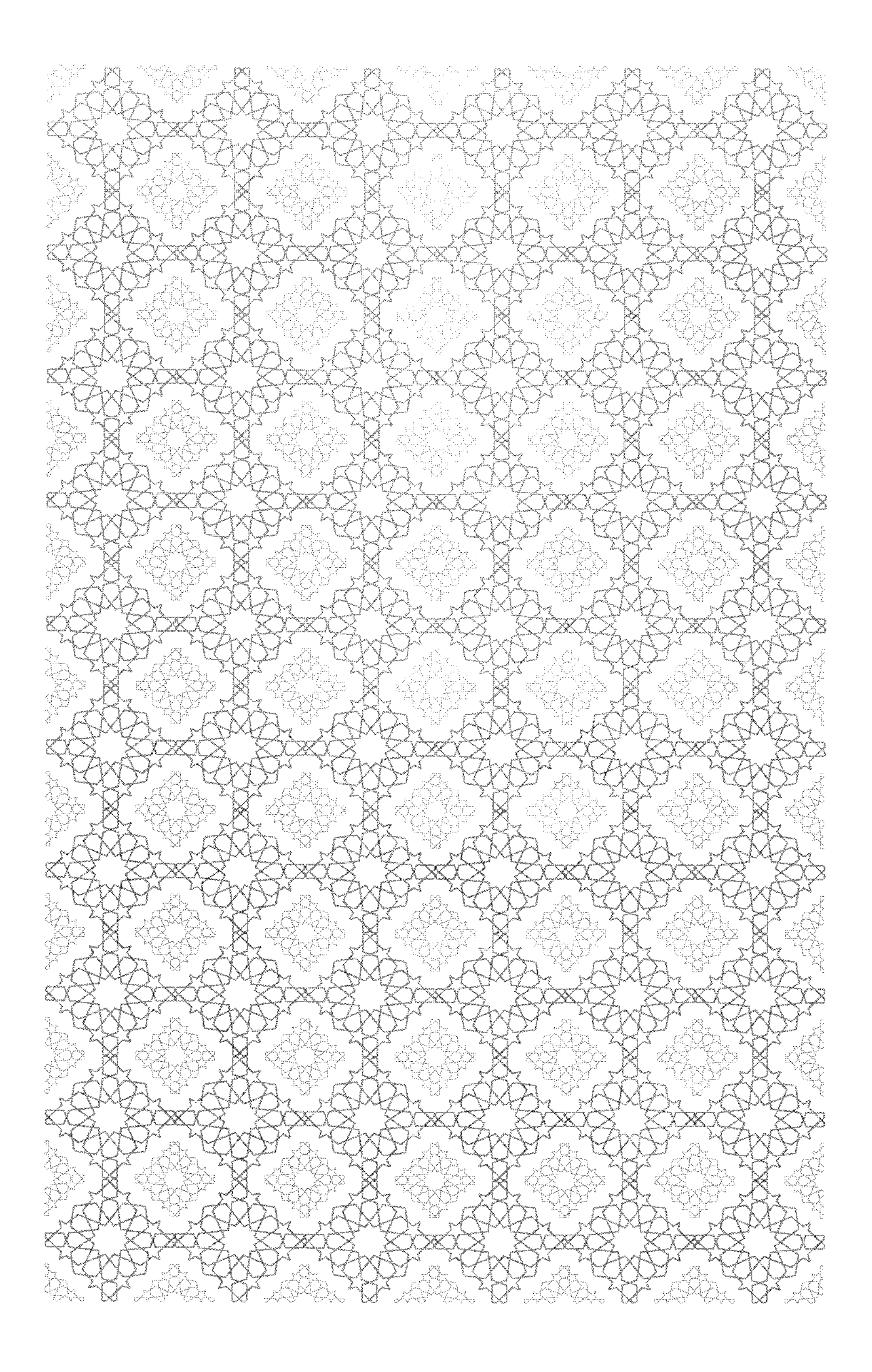
ولو ادعاه حر وعبد فألحقه القائف بالعبد . . ثبت النسب وكان حراً ؛ لاحتمال أنه ولد من حرة ، كذا قاله الشيخان وغيرهما ، وهـٰذا فيما يلحقه العبد بنفسه .

فلو تداعيا عمومة المجهول أو أخوته . . فدعوة الحر أولىٰ ، قاله الجويني وغيره ؛ لأن العبد وإن كان مقبول القول علىٰ نفسه في الإلحاق فلا يجوز قبول قوله في إلحاق المجهول بأبيه أو بجده ، والله أعلم .

* * *



كتاب العتق



كِتَابُ ٱلْعِتْقِ

. . . .

كتاب العتق

هو : إسقاط الملك عن الآدمي تقرباً إلى الله تعالىٰ ، وأصله من عتق الفرس إذا سبق ، وعتق الفرخ إذا طار واستقل ؛ لأن العبد به يخلص من أسر الرق .

وخرج بالآدمي : الطير والبهائم ، فلا يصح عتقها على الأصح ، ويحتج لمقابله بما روىٰ أبو نعيم عن أبي الدرداء أنه كان يشتري العصافير من الصبيان ويرسلها .

قال ابن الصلاح : والخلاف فيما يملك بالاصطياد ، أما البهائم الإنسية فإعتاقها من قبيل سوائب الجاهلية ، وذلك باطل قطعاً .

ولا يرد الوقف ؛ لأنه نقل ملك إلى الله تعالىٰ لا إسقاط ، ولهـٰذا يضمن بالقيمة فدل علىٰ بقاء الملك فيه .

فإن قيل : ذكر الأصحاب أن عتق الكافر ليس بقربة . . فالجواب : أن الكافر قصد القربة وإن لم يصح له ما قصد ، وإنما يكون العتق قربة إذا تنجز ، أما تعلقه . . فلا ، قاله الرافعي في (كتاب الصداق) ، بخلاف التدبير .

والأصل فيه : قوله تعالىٰ : ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾ ، وفي غير موضع : ﴿ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٥١٧ـ م ١٥٠٩/ ٢٤] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل أعتق امرأ مسلماً . . استنقذ الله بكل عضو منه عضواً منه من النار حتى الفرج بالفرج » .

وفي « سنن أبي داوود » [٣٩٦٢] عن عمرو بن عبسة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق رقبة مؤمنة . . كانت فداءه من النار » .

وخصت الرقبة بالذكر ؛ لأن ملك السيد للرقيق كالغل في رقبته ، فهو محتبس به كما تحتبس الدابة بحبل في عنقها ، فإذا أعتق . . أطلق من ذلك .

. . . .

وإذا أعتق جماعة عبداً مشتركاً حصل لكل منهم ثواب كامل ؛ لما سيأتي من قوله صلى الله عليه وسلم : « عتق النسمة أن ينفرد بعتقها ، وفك الرقبة أن يعين في عتقها » صححه الحاكم [٢/٢١٧] .

والإجماع منعقد علىٰ صحته ، وعتق العبد الصالح والقريب والمكدود والذكر أفضل .

فائدة :

عاش النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثاً وستين سنة ، ونحر بيده في حجة الوداع ثلاثاً وستين بدنة ، وأعتق ثلاثاً وستين نسمة .

فالذكور : أسلم ، وأفلح ، وأنجشة ، وأيمن ، وأنسة ، وباذام ، وبدر ، وثوبان ، وحاتم ، وحنين ، ودوس ، ورافع ، ورويفع ، ورباح ، وزيد جد هلال بن يسار بن زيد ، وسابق ، وسالم ، وسعد ، وسعيد ، وسفينة[1] ، وسلمان ، وسندرة ، وشقران ، وسمعون ، وضميرة ، وطهمان ، وعمرون ، وغيلان ، وقفيز ، وكريب ، وكركرة ، ومابورا القبطي ، ومكحول ، ومدعم ، ونبيه ، ونفيع بن الحارث أبو بكرة ، وهرمز ، وهلال ، وواقد ، ووردان ، ويسار ، وأبو أثيلة ، وأبو البشير ، وأبو الحمراء ، وأبو رافع ، وأبو سلمىٰ ، وأبو صفية ، وأبو ضميرة ، وأبو عبيد ، وأبو قيلة ، وأبو كبشة ، وأبو لقيط ، وأبو مويهبة ، وأبو هند .

والإناث : سلمىٰ أم رافع ، وبركة أم أيمن ، وميمونة بنت سعد ، وخضرة ، ورضوىٰ ، وأميمة ، ، وريحانة ، ورزينة ، وركانة .

---

(١) في هامش (د) : (هو صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومولاه ، يقال : اسمه مهران بن فروخ ، ويقال : اسمه بحران ، ويقال : رومان ، وقيل : قيس ، وقيل : شنبه بإسكان النون بعد الشين وبعدها موحدة ، كنيته المشهورة : أبو عبد الرحمن ، وقيل : أبو البختري .

قيل : سبب تسميته سفينة : أنه حمل متاعاً كثيراً لرفقته في الغزو ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت سفينة ») .

وأعتقت عائشة سبعاً وستين ، وعاشت كذلك ، وأعتق أبو بكر كثيراً ، وأعتق العباس سبعين عبداً ، رواه الحاكم(١) .

وأعتق عثمان وهو محاصر عشرين عبداً ، وأعتق حكيم بن حزام مئة مطوقين بالفضة .

وأعتق عبد الله بن عمر ألفاً ، واعتمر ألف عمرة ، وحج ستين حجة ، وحبس ألف فرس في سبيل الله .

وأعتق ذو الكلاع الحميري في يوم واحد ثمانية آلاف عبد .

وأعتق عبد الرحمن بن عوف ثلاثين ألف نسمة ، وروى الحاكم [٣/٣١١] عن أم سلمة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم ؛ اسق عبد الرحمن بن عوف من سلسبيل الجنة » .

قال : (**إنما يصح من مطلق التصرف**) فلا يصح من الصبي والمجنون ؛ لعدم أهليتهما ، ولما فيه من ضياع المال .

وحكى الماوردي في (كتاب الوصية) وجهاً : أن إعتاق المميز ينفذ في مرض الموت إذا قلنا : تصح وصيته ، والمذهب المنع ؛ لأن الوصية يقدر على الرجوع فيها .

وشملت عبارته المسلم وغيره وإن لم يكن منه قربة كما تقدم ، لـٰكن تستثنىٰ وصية السفيه بالعتق ؛ فإنه يصح على المذهب ، والمشترىٰ قبل القبض يصح إعتاقه مع أنه ليس بمطلق التصرف .

وكذلك الوارث يصح إعتاقه رقبة العبد الموصىٰ بمنفعته وهو غير تام الملك فيه كما قاله الرافعي في (باب الوصية) ، ولم يكتف في « الروضة » بإطلاق التصرف ، بل ضم إليه : أن لا يصادف إعتاقه تعلق حق لازم لغيره ؛ ليخرج الواقف والموقوف عليه إن قلنا : الملك له ، وكذلك الراهن ومالك العبد المتعلق برقبته أرش جناية إذا كان

(١) حديث عائشة لم أجده في « مستدرك الحاكم » ، وحديث أبي بكر أخرجه الحاكم (٣/ ٢٨٤) ، وحديث العباس (٣/ ٣٢١) .

معسراً على الأصح ؛ لما فيه من تفويت الحق بغير بدل ، بخلاف ما إذا كان موسراً .

ولا بد أن يكون أهلاً للولاء ، فلا يصح من المبعض ، ولهـٰذا لا يكفر بالعتق ، وكذلك عتق المكاتب نفسه بإذن على الأصح ؛ لاستعقابه الولاء وليس من أهله ، ولا بد أيضاً من قيد عدم الإكراه بغير حق ، ويتصور الإكراه بحق في البيع بشرط العتق .

قال : (**ويصح تعليقه**) بالصفات أي : المحققة الوقوع وغيرها قياساً على التدبير ؛ لما فيه من التوسعة لتحصل القربة ، لـٰكن يستثنىٰ من إطلاقه المسجد ؛ فإن وقفه تحرير كما صرح به الرافعي هناك ، ومع ذلك لا يجوز فيه التعليق على الصحيح .

وكلام المصنف يقتضي : أن العتق لا يفسد بالشروط الفاسدة ، بخلاف الوقف ، وبه صرح القفال ، واقتضىٰ كلام الإمام وغيره القطع به ، لـٰكن مقتضىٰ كلام الرافعي في الوقف أنه يفسد بذلك ، وهو غريب .

قال : (**وإضافته إلىٰ جزء فيعتق كله**) ، سواء كان معيناً أو شائعاً ؛ تشوفاً للتكميل ، وسواء كان من الموسر أو المعسر إذا كان باقيه له ؛ لما روىٰ أحمد [٢/٣٤٧] وأبو داوود [٣٩٢٩] والنسائي [سك ٤٩٥١] عن أبي المليح عن أبيه : أن رجلاً أعتق شقصاً من غلام ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز عتقه وقال : « ليس لله شريك » .

وصح عن ابن عباس : أن رجلاً سأله عمن قال لخادمه : فرجك حر ، قال : (هي حرة أعتق فيها قليلاً أو كثيراً)[١] .

قال ابن حزم : ولا يعرف له مخالف من الصحابة إذا كان باقيه له ، فإن كان لغيره . . فسيذكره المصنف .

وفي كيفية عتقه إذا أضيف العتق إلىٰ جزء شائع وجهان :

أحدهما : يقع على الجزء المسمىٰ ، ثم يسري إلى الباقي .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٨٢) .

وأصحهما : يقع على الجميع دفعة واحدة ، وكأنه عبر عن الكل بالبعض .

فإن أضافه إلى جزء معين . . فوجهان مرتبان ، وأولىٰ بالجواز ؛ لحصوله دفعة واحدة ، وقد تقدم بيان هـٰذا الخلاف في (الطلاق) ، ولا يخفىٰ أن محل عتق الجميع إذا لم يمنع من التكميل مانع كمن رهن نصف عبده ولا يملك غيره ، أو أعتق نصفه وهو معسر بقيمة الباقي .

ومن ثمرة الخلاف في الإضافة إلىٰ جزء شائع أنه لو أوصىٰ بعتق بعض عبده ، فإن قلنا : العتق يقع بطريق السراية . . لم يعتق عنه إلا ما وصىٰ بعتقه ، وإن قلنا بالتعبير عن الكل بالبعض . . أعتق عنه جميعه إذا احتمله الثلث .

ومنها : إذا حلف لا يعتق عبداً ، فأعتق بعضه ، إن قلنا : يقع على الجزء ثم يسري . . لم يحنث ، وإن قلنا : توجه إلى الجميع . . حنث .

ومنها : لو قال لمقطوعة اليمين : يمينك حر . . لا تعتق على المذهب كما لو قال لها : يمينك طالق .

ومنها : إذا قال لوكيله : أعتق هـٰذا العبد ، فأعتق نصفه . . قال المتولي : على الأول لا يعتق ، وعلى الثاني يعتق ، ونقل الرافعي في آخر (التدبير) عن الروياني أنه قال : لا نعرف مسألة لا يسري العتق إلىٰ باقي حصته إذا كان قابلاً للعتق إلا هـٰذه .

قال : (**وصريحه : تحرير وإعتاق**) ، لما كان العتق حل القيد . . كان له صريح وكناية كالطلاق ، فصريحه التحرير والإعتاق وما اشتق منهما ؛ لورودهما في القرآن والسنة مكررين ، وكذلك الاستعمال اللغوي كأنت حر أو محرر أوحررتك ، أو أنت عتيق أو معتق أو أعتقتك ، فلو قال : أعتقك الله أو الله أعتقك . . فأوجه : ثالثها : صراحة الله أعتقك ، بخلاف عكسه ؛ فإنه دعاء .

ولو قال لمن زاحمته في الطريق : إليك يا حرة ، وكانت أمته . . ففي « فتاوى الغزالي » : لا تعتق ، وإنما أعتق الشافعي أمته بذلك تورعاً .

ويستوي في ألفاظه الهازل واللاعب وغيرهما ؛ لأن هزله جد كما رواه الترمذي وغيره .

وَكَذَا فَكُّ رَقَبَةٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلاَ يَحْتَاجُ إِلَىٰ نِيَّةٍ ، وَتَحْتَاجُ إِلَيْهَا كِنَايَةٌ ، . . . . . .

قال : (**وكذا فك رقبة في الأصح**) ؛ لوروده في القرآن .

وروى الحاكم [٢/٢١٧] وأبو داوود عن البراء بن عازب : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأعرابي : « أعتق النسمة : وفك الرقبة » قال : أوليسا واحداً يارسول الله؟ قال : « لا ، عتق النسمة : أن تنفرد بعتقها ، وفك الرقبة : أن تعين في عتقها » .

والثاني : أنه كناية ؛ لأنه يستعمل في العتق وفي غيره ، ويجريان في قوله : فككت رقبتك من الرق .

والظاهر : أن ترجمة صرائح العتق بجميع اللغات صرائح على المذهب كما سبق في نظيره من (الطلاق) .

فرع :

ضرب رجل عبد غيره ، فقال له سيد المضروب معاتباً له : عبد غيرك حر مثلك . . لم يحكم بحريته بذلك ، قاله والد الروياني .

قال : (**ولا يحتاج إلىٰ نية**) ؛ لأنه لم يفهم منه غيره عند الإطلاق ، وهـٰذا معلوم من لفظ الصريح ، لـٰكنه ذكر كالتوطئة لحكم الكناية .

وسكت الشيخان عما لو اشتهر لفظ للعتق في ناحية هل يكون حكمه حكم ما سبق في (باب الطلاق)؟ والقياس مجيء الخلاف فيه .

ولو كان اسمها قبل الرق حرة فناداها به وقصد النداء . . لم تعتق في الأصح ، ولو قال : يا حرة في معرض التوبيخ . . لم تعتق وإن لم يكن اسمها حرة ، حكاه في « الكفاية » عن القاضي حسين ، ولعله أراد في الظاهر .

ومرادهم بعدم احتياجه للنية : نية الإيقاع ، وإلا . . فلا بد من قصد اللفظ بالجملة التي يقع بها العتق بمعناه كما تقرر في الطلاق ؛ ليخرج العجمي إذا لفظ به ولم يعرف معناه .

قال : (**وتحتاج إليها كنايةٌ**) ؛ لأنها تحتمل العتق وغيره ، فافتقرت إلى النية كغيرها من الكنايات ، وتكون في محلها كما تقدم في (الطلاق) ، وقلَّ من تعرض

وَهِيَ : لاَ مِلْكَ لِي عَلَيْكَ ، لاَ سُلْطَانَ ، لاَ سَبِيلَ ، لاَ خِدْمَةَ ، أَنْتَ سَائِبَةٌ ، أَنْتَ مَوْلاَيَ ، وَكَذَا كُلُّ صَرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ لِلطَّلاَقِ . وَقَوْلُهُ لِعَبْدِهِ : أَنْتِ حُرَّةٌ ، وَلِأَمَتِهِ : أَنْتَ حُرٌّ . . صَرِيحٌ . . . .

لذلك ولو احتفت بها قرينة كالإمساك في الصوم .

قال : (**وهي : لا ملك لي عليك ، لا سلطان ، لا سبيل ، لا خدمة**) ؛ لإشعارها بإزالة الملك مع احتمال غيره ، ومثلها : لا يد ، لا أمر ونحوها ؛ لاحتمالها .

وفي (لا خدمة لي **عليك**) وجه : أنه لا يكون شيئاً و إن نوىٰ ؛ لأن الخدمة لا تدل على الملك ، إذ تجوز الوصية له بالخدمة دون الرقبة وقوله : أنت لله كناية ، خلافاً لأبي حنيفة .

قال : (**أنت سائبة**) ؛ لإشعارها بالعتق تشبيهاً بسوائب الجاهلية .

قال : (**أنت مولاي**) ؛ لأن المولىٰ مشترك بين معانٍ فيها المعتِق والمعتَق .

ولو قال لعبده : يا سيدي . . قال القاضي حسين والغزالي : هو لغو ، ورأى الإمام أنه كناية ، قال في « الشرح الصغير » : وهو الأشبه ، والمصحح في المذهب ، وتبعه صاحب « الحاوي الصغير » .

وعد الصيمري من الكنايات : لا أبيعك واذهب وامض .

وعد في « المحرر » منها ترجمة قوله لأمته : يا سيدة البيت القائمة بتدبير أمره[1]

قال : (**وكذا كل صريح أو كناية للطلاق**) ؛ لإشعاره بإزالة القيد ، لـٰكن يستثنىٰ منه إذا قال : أنا منك طالق أو بائن ونحوهما ونوىٰ إعتاق العبد أو الأمة . . فإنه لا يعتق على الصحيح ، بخلاف نظيره من الطلاق .

والفرق : أن الزوجية تشمل الجانبين والرق يختص بالعبد .

قال : (**وقوله لعبده : أنت حرة ، ولأمته : أنت حر . . صريح**) ويغتفر الخطأ في التذكير والتأنيث .

---

(١) في هامش (د) : (عد في « الحاوي » من الصرائح : «أزاد مرد »؛ أي : يا أيها الرجل أنت حر ، وعدَّ من الكنايات : «كذبا توبه» ؛ أي : سيدة لبيتها مدبرة) اهـ

. . . .

فروع :

قال لعبده : يا خواجا . . لم يعتق ، قاله المروروذي .

وفي « الإحياء » قبيل (باب ذم الغرور) بنحو ورقة : أن الزهري قال : من قال لعبده : خزاه الله . . عتق عليه .

وفي « الكشاف » في سورة (يس) : إذا قال الرجل : كل مملوك لي قديم حر ، أو كتب ذلك في وصيته . . عتق منهم من مضىٰ له حول وأكثر ؛ لأن القديم هو المحول .

وفي « فتاوى الغزالي » : لو اجتاز بالمكاسين ومعه عبد فقال : هو حر خوفاً من المكس وقصد الإخبار . . لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، وهو كاذب .

قال الرافعي : ومقتضاه أنه لا يقبل ظاهراً ، وتعقبه في « المهمات » فجعله مقبولاً في الظاهر ، وهو غير ظاهر ، بل الصواب : أنه كما لو قيل له : أطلقت زوجتك فقال : نعم وقصد بذلك الكذب . . فإنها تطلق منه ظاهراً ، فكذلك هنا .

ولو قال له : افرغ من هـٰذا العمل قبل العشاء وأنت حر ، وقال : أردت حراً من العمل دون العتق . . دُيِّن ، ولا يقبل ظاهراً .

وفي (طلاق « الروضة ») : أنه لو قال لامرأته : يا ابنتي وقعت الفرقة بينهما عند احتمال السن ، كما لو قال لعبده أو أمته ذلك .

قلت : المختار في هـٰذا : أنه لا يقع فرقة إذا لم تكن له نية ؛ لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة .

ولو قال : أول من يدخل الدار من عبيدي أو أي عبد من عبيدي دخل الدار أولاً . . فهو حر ، فدخل اثنان معاً وثم ثالث . . لم يعتق واحد منهم ، أما الثالث . . فظاهر ، وأما الاثنان . . فلأنه لا يوصف واحد منهما بأنه أول .

وقال الشيخ أبو علي : يحتمل وقوع العتق عليهما ؛ لأن كل واحد منهما يوصف بأنه أول ، لأنه لو قال : أول من رد آبقي . . فله دينار ، فرده اثنان . . استحقا ، قال : وعرضته على القفال فلم يستبعده ، قال في « المهمات » : الحق أن الأول يطلق على المتعدد كما صرح به الرافعي في (باب المسابقة) ، ونص عليه الشافعي في (الكتابة) .

وإذا قال : أول من يدخل الدار من عبيدي ، أو أي عبد من عبيدي دخل أولاً . .

وَلَوْ قَالَ : عِتْقُكَ إِلَيْكَ أَوْ خَيَّرْتُكَ وَنَوَىٰ تَفْوِيضَ ٱلْعِتْقِ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي ٱلْمَجْلِسِ . . عَتَقَ ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ عَلَىٰ أَلْفٍ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَلَىٰ أَلْفٍ فَقَبِلَ ، أَوْ قَالَ لَهُ ٱلْعَبْدُ : أَعْتِقْنِي عَلَىٰ أَلْفٍ ، فَأَجَابَهُ . . عَتَقَ فِي ٱلْحَالِ وَلَزِمَهُ ٱلأَلْفُ . . . .

فهو حر ، فدخل واحد . . عتق على الأصح .

ولو قال : آخر من يدخل ، فدخل بعضهم بعد بعض . . لم يحكم بعتق واحد منهم إلىٰ أن يموت السيد ليتبين الآخر .

قال : (**ولو قال : عتقك إليك أو خيرتك**[١] ، **ونوىٰ تفويض العتق إليه فأعتق نفسه في المجلس . . عتق**) ؛ لأن العتق والطلاق يتقاربان فكل ما تقدم هناك يأتي مثله هنا .

وتعبيره بـ(المجلس) يقتضي : أنه لا يشترط الفور ، لـٰكن ظاهر عبارة « الشرح » و« الروضة » اشتراطه حيث قالا : فأعتق نفسه في الحال . . عتق ، وهو يوافق ما ذكره في تفويض الطلاق أنها لو أخرت بقدر ما ينقطع به الإيجاب عن القبول ثم طلقت . . لم يقع ، فليحمل إطلاق المصنف المجلس علىٰ مجلس التخاطب لا الحضور .

وظاهر عبارته : أن التفويض بالصريح تشترط معه نية التفويض، لـٰكن صرح الشيخان في (الطلاق) بعدم الاحتياج ، وإنما يشترط ذلك في التفويض بالكناية ، وهو ظاهر .

فعلىٰ هـٰذا : يكون قول المصنف : (ونوىٰ) قيداً في الأخير .

و يقرأ (خيرتك) كما وقع في بعض نسخ « المحرر » من التخيير ، لا [حررتك] ، لـٰكن عبارة الرافعي و« الروضة » : ولو قال : جعلت عتقك إليك أو [حررتك][٢] ، ونوىٰ تفويض العتق إليه فأعتق نفسه في الحال . . عتق .

قال : (**أو أعتقتك علىٰ ألف ، أو أنت حر علىٰ ألف فقبل**) أي : في الحال (**أو قال له العبد : أعتقني علىٰ ألف ، فأجابه . . عتق في الحال ، ولزمه الألف**) أي : في

---

(١) في (ت) و(د): (أو حرِّيتك) .

(٢) في النسخ: (أو حريتك) في الموضعين، وهو تصحيف، والتصويب من «الروضة» (١٢/ ١٠٩)، وقال في «التحفة» (١٠/ ٣٥٧)، و«النهاية» (٨/ ٣٨١)، و«المغني» (٤/ ٦٥٥): (وعبر في «الروضة» بقوله: «حررتك»، بحاء مهملة من التحرير، قال الإسنوي: وهو غير مستقيم؛ فإن هـٰذه اللفظة صريحة، وصوابه: (حريتك) مصدراً مضافاً كاللفظ المذكور قبله وهو العتق) .

وَلَوْ قَالَ : بِعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ ، فَقَالَ : ٱشْتَرَيْتُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : صِحَّةُ ٱلْبَيْعِ ، .

الصور الثلاث كالخلع ، بل أولىٰ ؛ لتشوف الشرع إلىٰ تخليص الرقبة دون الفراق .

فعلى هـٰذا : هو من جانب المالك معاوضة فيها شائبة التعليق ، ومن جانب المستدعي معاوضة نازعة إلى الجعالة ، ولا يقدح كونه تمليكاً ؛ إذ يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المقصود .

وفي « الحاوي » وجه : أنه لا يعتق ؛ لأن للزوجة مدخلاً في رفع النكاح بالفسخ ، وليس للعبد مدخل في رفع الرق عن نفسه ، فكان العتق أضيق حكماً .

وقوله : (في الحال) تبع فيه « المحرر » ولا فائدة له ، ولهـٰذا لم يذكره في « الشرح » ولا في « الروضة » ، وكأنهما انتقلا من مسألة إلىٰ مسألة أخرىٰ ، فالذي في « الشرح » وفي « الروضة » في الصور الثلاثة (عتق) ولم يقولا في الحال ، ثم قالا : ولو قال : أعتقتك علىٰ كذا إلىٰ شهر ، فقبل . . عتق في الحال والعوض مؤجل ، فلعله انتقل الحكم من هـٰذه إلىٰ ما ذكره .

ولو أعتقه علىٰ خمر أو خنزير . . عتق وعليه قيمته ، وكذا إن قال : أعتقتك علىٰ أن تخدمني، ولم يذكر مدة ، أو قال : علىٰ أن تخدمني أبداً ، ولو قال : علىٰ أن تخدمني شهراً أو تعمل لي كذا ، وفصله فقبل . . عتق وعليه ما التزم ، وإن لم يفصل . . عتق وعليه القيمة ، ولو خدمه نصف شهر ثم مات . . فللسيد نصف قيمته في تركته .

ومسألة الخدمة مذكورة في (الإجارة) وفي (الكتابة) وهـٰهنا ، ففي (الكتابة) و(الإجارة) لا يشترط تفصيل أنواع الخدمة ، وهنا كما ترىٰ ، فبين الأبواب اختلاف في ذلك في كلام الشيخين .

قال : (**ولو قال : بعتك نفسك بألف ، فقال : اشتريت . . فالمذهب : صحة البيع**) كالكتابة وأولىٰ ، لأن البيع أثبت والعتق فيه أسرع .

فعلىٰ هـٰذا : لو أقر السيد ببيعه من نفسه . . عتق ، ولا يلزم العبد الثمن ، ونقل الربيع قولاً : إنه لا يصح ؛ فإنه عامل رقيقه بالبيع المحقق ، فمنهم من أثبته قولاً ومنهم من نفاه .

وصورة المسألة : أن يبيعه بثمن في ذمته حالاً أو مؤجلاً يؤديه بعد الحرية ، فلو

باعه بثمن معين . . فلا يصح قطعاً ؛ لأنه لا يملكه .

وحكى الماوردي عن ابن أبي هريرة : أنه لا يصح بالحال ، ويصح بالمؤجل كالكتابة .

قال في « البحر » : ونص الشافعي في (كتاب الإقرار) علىٰ جوازه ؛ لأن العتق يحصل فيه قبل الأداء ، بخلاف الكتابة ، وهـٰذه المسألة في « الشرح » و« الروضة » في أوائل (الكتابة) .

قال : (**ويعتق في الحال وعليه ألف**) وكأنه أعتقه علىٰ مال كالخلع ، ولهـٰذا كان عتاقة على الأصح لا بيعاً ، فلا يثبت فيه خيار المجلس ، ولو كان بيعاً . . لثبت فيه .

قال : (**والولاء لسيده**) ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الولاء لمن أعتق »[1] ولو كان بيعاً . . لم يثبت فيه .

وقيل : لا ولاء عليه ؛ لأنه عتق علىٰ ملك نفسه ، ونسب لابن سريج ، هـٰذا إذا باعه نفسه جميعها ، فإن باعه بعضها . . فهل يسري على البائع؟ قال البغوي في « الفتاوىٰ » : نعم ؛ إذا قلنا الولاء له كما لو أعتقه ، فإن قلنا : لا ولاء له . . لم يسر كما لو باعه من غيره ، ولا يجب على السيد أن يحط عنه شيئاً على المذهب .

وحكى الإمام وجهاً : أنه يجب الإيتاء في كل عقد عتاقة فيه عوض كالكتابة .

حادثة :

عبد انتهى الملك فيه لبيت المال ، فاشترىٰ نفسه من وكيل بيت المال ، اتفق هـٰذا في بلاد الصعيد . . فأفتى الشيخ جلال الدين الدشنائي ـ وهو من أفقه تلامذة ابن عبد السلام ـ بالصحة ، ورفعت القضية إلى القاضي بقوص ـ وهو القاضي شمس الدين الأصبهاني شارح « المحصول »[2] ـ فقال : لا يصح ؛ لأنه عقد عتاقة ، وليس لوكيل

(١) أخرجه البخاري (٤٥٦) ، ومسلم (١٥٠٤/٥) .

(٢) في هامش (ت) و(د) و(ز) :(وقع في « الطالع السعيد » : أن القاضي المذكور شرف الدين إبراهيم بن عنق ، وهو الصواب ؛ لأن الشيخ جلال الدين مات بعد هـٰذه القضية بأيام=

بيت المال أن يعتق عبد بيت المال .

قال الشيخ : والصواب ما أفتىٰ به الدشنائي ؛ فإن هـٰذا العتق إنما وقع بعوض فلا تضييع فيه علىٰ بيت المال .

وقوله : ليس لوكيل بيت المال العتق إن أراد مجاناً حيث لم يؤذن له . . فصحيح ، وليس مما نحن فيه وإلا . . فممنوع ، بل له العتق بعوض إذا كان مصلحة ، وبغير عوض إذا أذن له الإمام .

وقد ذكر الرافعي في (الهدنة) : أن العبد المسلم إذا أتانا . . فللإمام أن يدفع قيمته من بيت المال ويعتقه عن كافة المسلمين ، وولاؤه لهم .

قال : (**ولو قال لحامل**) أي : لأمة حامل بمملوك له (**أعتقتك ، أو أعتقتك دون حملك . . عتقا**) أما الأولىٰ . . فكبيعها ، لـٰكن هل يعتق بطريق التبعية كما يتبع الحمل الأم في البيع ، أو بطريق السراية؟ فيه وجهان : أصحهما : الأول ؛ لأن السراية في الأشقاص لا في الأشخاص .

وأما الثانية . . فلأن ابن عمر أعتق أمة واستثنىٰ ما في بطنها له[1] ، ثبت ذلك عنه كما قاله ابن المنذر في (باب الهدنة) ، ولا يعرف له مخالف ، ولأنه جزء منها .

ويخالف ما لو قال : بعتك الجارية دون حملها فإنه لا يصح ، لأن العتق لا يبطل بالاستثناء لقوته .

وهو كما لو استثنىٰ عضواً في البيع . . بطل البيع .

وزعم في « الروضة » في (كتاب الوصية) : أنه لا خلاف في هـٰذه الصورة ، واعترض عليه بأن الشيخ أبا علي والقاضي حكيا فيه وجهين مبنيين على الخلاف السابق .

= يسيرة سنة اثنتين وعشرين وسبع مئة بقوص ، والأصبهاني توفي في رجب سنة ثمانٍ وثمانين وست مئة قبل ولاية الدشنائي بنحو ست سنين) .

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٦٩) .

وَلَوْ أَعْتَقَهُ . . عَتَقَ دُونَهَا ، وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ وَٱلْحَمْلُ لِآخَرَ . . لَمْ يَعْتِقْ أَحَدُهُمَا بِعِتْقِ ٱلآخَرِ . . . .

ولو عتقت قبل خروج الولد منها . . سرى العتق إليه على الأصح ، قاله الشيخان في (كتاب العدة) .

وكلام المصنف : محمول على المجتن كله أو بعضه .

وشمل إطلاقه ما لو قال لها : أنت حرة بعد موتي ، وفيها في « الرافعي » في (باب الوصية) وجهان :

أحدهما : لايعتق الحمل ؛ لأن إعتاق الميت لا يسري .

وأصحهما : يعتق ؛ لأنه كعضو منها .

قال : (**ولو أعتقه . . عتق دونها**) ؛ لأن الأصل لا يتبع الفرع ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع .

وقال الإمام في (كتاب الوصية) : لم يصر أحد من الأصحاب إلىٰ خلافه غير الشيخ أبي بكر الطوسي ، ونقله الرافعي عن الأستاذ أبي إسحاق أيضاً بالقياس علىٰ عكسه ، وفرق الجمهور بأنه إنما وقع العتق عليه تبعاً لاندراجه في بيع الأم ، فلا تتبعه أمه عند توجه العتق إليه ابتداء ، وإنما يعتق منفرداً إذا نفخت فيه الروح ، فأما قبل ذلك . . فلا ؛ لأن إعتاق ما لم تنفخ فيه الروح لا يصح كما نقله الشيخان في (كتاب التدبير) عن القاضي حسين .

قال : (**ولو كانت لرجل والحمل لآخر . . لم يعتق أحدهما بعتق الآخر**) ؛ لأنه استتباع مع اختلاف المالك .

وحكى القاضي حسين وجهاً : أنه يعتق الولد ، ويجب علىٰ معتق الأم قيمته وقت انفصاله .

ولا يسري العتق من الولد إليها بلا خلاف ، ويتصور الحمل لغير مالك الأم في الوصية والرد بالعيب إذا حدث الحمل علىٰ ملك المشتري ثم رد وقلنا : لا يتعدىٰ للحمل الحادث ، بخلاف الفلس على الأصح فيهما ، وفي (الهبة) فيما إذا وهب الحامل وأطلق . . فإن الإمام حكىٰ عن الجديد أنه لا يدخل الحمل في الهبة .

وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا كُلَّهُ أَوْ نَصِيبَهُ.. عَتَقَ نَصِيبُهُ ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً . بَقِيَ ٱلْبَاقِي لِشَرِيكِهِ ، ....

قال : (**وإذا كان بينهما عبد فأعتق أحدهما كله أو نصيبه.. عتق نصيبه**) بالإجماع ؛ لأنه مالك التصرف وقد وجه العتق علىٰ ملكه .

وصورة المسألة : أن يقول : نصيبي منك حر ، أو أعتقت نصفك الذي أملكه ، فلو قال : نصفك حر ، وكان يملك نصفه.. فهل يعتق نصيبه كله ابتداء ، أو يقع على النصف مشاعاً فيعتق الربع ثم يسري إلى ربع آخر فقط إن كان معسراً ، أو إلى الجميع إن كان موسراً ؟ وجهان .

قال الإمام : لا فائدة لهما إلا في تعليق طلاق أو عتق ، كما لو قال : إن أعتقت نصيبي منه فامرأتي طالق ، أو أمتي حرة.. فإن الطلاق والعتق يقعان على القول باختصاصه بنصيبه دون الوجه الآخر .

قال ابن الرفعة : وكذلك إذا وكل أحد الشريكين الآخر في عتق نصيبه منه فقال الوكيل : أعتقت نصفك ، ولم ينو عنه ولا عن موكله.. ففي وقوعه عنه أو عن الموكل وجهان .

وزاد في « المهمات » سؤال العتق علىٰ عوض ، فإذا قال : أعتق النصف الذي لك علىٰ ألف ، فأطلق إعتاق النصف ، فإن قلنا : ينزل علىٰ نصفه.. استحق ، وإن قلنا : يكون شائعاً ثم يسري.. لم يستحق إلا نصف الألف كما لو قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلقها طلقة ونصفاً ، هل تستحق ثلثي الألف لوقوع طلقتين ، أو النصف فقط لأنه إنما أوقع نصف الثلاث والتكميل حكم شرعي؟ فيه وجهان : أرجحهما : في زوائد « الروضة » : الثاني .

ولو ملك المكاتب بعض قريبه فأعتق شريكه نصيبه ، هل يسري أو يكون ملك المكاتب مانعاً لكونه يعتق عليه؟ فيه نظر .

قال : (**فإن كان معسراً.. بقي الباقي لشريكه**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد.. قوم العبد عليه قيمة عدل ، فأعطىٰ شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا.. فقد عتق منه ما عتق » رواه

الشيخان [خ ٢٥٢٢ـ م ١/١٥٠١] من حديث ابن عمر ، ورواه الدارقطني [٤/ ١٢٤] « ورق منه ما بقي » .

فإن قيل : في الكتب الستة[1] : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شقصاً من مملوك . . فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال ، وإلا . . استسعي العبد غير مشقوق عليه » فلم لا عملتم بذلك . . قيل : السعاية محمولة على أنه يستسعي لسيده الذي لم يعتقه ؛ أي : يخدمه بقدر نصيبه كي لا يتوهم أنه يحرم عليه استخدامه .

فإن قيل : جاءت رواية : « فإن لم يكن له مال . . قوم العبد قيمة عدل ثم استسعي لصاحبه في قيمته غير مشقوق عليه » . . فالجواب : أن جماعة رووا الحديث ولم يذكروا السعاية فدل علىٰ أنها ليست من متنه ، بل من كلام الراوي ، ولذلك قال الخطابي : اضطرب سعيد بن أبي عروبة فذكرها مرة ، ومرة لم يذكرها ، فدل علىٰ أنها مدرجة من كلام قتادة لا من متن الحديث .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن معسراً (. . **سرىٰ إليه ، أو إلىٰ ما أيسر به**) ؛ للحديث السابق ، وليس المقصود من الموسر أنه يعد من الأغنياء ، ولـٰكن أن يكون له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه فاضلاً عن قوته وقوت من تلزمه نفقته في يومه وليلته ودست ثوب يلبسه وسكنىٰ يوم ، ويصرف إلىٰ ذلك كل ما يباع ويصرف في الديوان ، والاعتبار بحالة الإعتاق دون ما بعده .

والمريض ليس موسراً إلا بثلث ماله ، فإذا أعتق نصيبه من المشترك في مرض موته ، فإن خرج جميع العبد من ثلث ماله . . قوم عليه نصيب شريكه وعتق جميعه ، وإن لم يخرج منه إلا نصيبه . . عتق ولا سراية .

وعند أبي حنيفة : لا سراية ولا تقويم ، ولـٰكن إذا كان المعتق موسراً . . فيتخير الشريك بين ثلاثة أمور : أن يعتق نصيب نفسه .

---

(١) البخاري (٢٥٠٤) ، ومسلم (١٥٠٣) ، وأبو داوود (٣٩٣٤) ، والترمذي (١٣٤٨) ، والنسائي في « الكبرى » (٤٩٤٣) ، وابن ماجه (٢٥٢٧) .

. . . .

وأن يستسعي العبد حتىٰ يؤدي قيمة نصيبه ويعتق ، وعلى التقدير يكون ولاؤه بينهما .

وأن يضمن المعتق قيمة نصيبه ، ثم المعتق يستسعي العبد فيما غرم ، فإذا أداه . . عتق ، وكان جميع الولاء له .

وإن كان معسراً . . فلا يضمنه الشريك ، ويتخير بين الخصلتين الأوليين .

وموضع السراية بالاتفاق إذا لم يتعلق بمحل السراية حق لازم ، فلو أعتق نصيبه ونصيب شريكه مرهون . . سرىٰ على الأصح ؛ لأن حق المرتهن ليس بأقوىٰ من حق المالك ، وتنتقل الوثيقة إلى القيمة .

ولو كان نصيب شريكه مدبراً . . قوم أيضاً على الأظهر ؛ لأن المدبر كالقن في البيع .

ولو كان نصيب الشريك مستولداً بأن استولدها وهو معسر . . لم يسر على الأصح ؛ لأن السراية تتضمن النقل .

وقيل : يسري ؛ لأن السراية كالإتلاف ، وإتلاف أم الولد يوجب القيمة .

وقوله : (إلىٰ ما أيسر به) هو الصحيح المنصوص كبدل المتلف ، ولأنه يقربه من الحرية .

وقيل : لا يسري ؛ لأن تقويم البعض لا يفيده الاستقلال وكما لا يأخذ الشفيع البعض .

ولو كان العبد بين ثلاثة فأعتق اثنان منهما نصيبهما معاً وأحدهما موسر والآخر معسر . . فإنه يقوم جميع نصيبه الذي لم يعتق على الموسر كما جزم به الشيخان .

ولو أقر بحرية عبد في يد غيره ثم اشترىٰ بعضه وهو موسر . . ففي سرايته نظر .

ويتجه أن يقال : إن قلنا : إنه بيع . . يسري ، أو افتداء . . فلا .

ولو كان عبد بين اثنين فباع أحدهما نصيبه للعبد هل يسري على الباقي إذا كان موسراً ؟ يتجه بناؤه علىٰ أنه عقد بيع أو عتاقة .

وَعَلَيْهِ قِيمَةُ ذَلِكَ يَوْمَ ٱلإِعْتَاقِ . وَتَقَعُ ٱلسِّرَايَةُ بِنَفْسِ ٱلإِعْتَاقِ ، . . . .

قال : (**وعليه قيمة ذلك يوم الإعتاق**) ؛ لأنه وقت الإتلاف أو وقت سببه .

وظاهر عبارته : أن الواجب قيمة حصة الشريك إذا قومت وحدها لا ما يخصه من قيمة جميع العبد باعتبار التوزيع ، حتىٰ إذا كان العبد يساوي ثلاث مئة ، ونصفه يساوي مئة ، فأعتق أحد الشريكين نصفه وسرى إلى النصف الآخر . . لا يلزمه إلا مئة كما ذكره القاضي أبو الطيب في (باب الغصب) من « شرح الفروع » ، وكذلك الماوردي والروياني ؛ لأن العتق ينقص القيمة ، قال ابن الرفعة : وهو ظاهر التوجيه ، ومثله قول الأصحاب : إن الواجب للزوج إذا طلق قبل الدخول وتعذر الرجوع للشطر قيمة النصف لا نصف القيمة .

وللشريك مطالبة المعتق بدفع القيمة وإجباره عليها ، فلو مات المعتق . . أخذت من تركته ، ولو لم يطالبه الشريك . . كان للعبد المطالبة ، فإن لم يطالبه . . طالبه القاضي ؛ لما في العتق من حق الله تعالىٰ .

وإذا اختلفا في قيمته ، فإن كان حاضراً والوقت قريب . . راجعنا المقومين ، وإن مات أو غاب أو تقادم العهد . . فقولان : الأظهر : تصديق المعتق ؛ لأنه غارم .

قال : (**وتقع السراية بنفس الإعتاق**) ؛ لما روىٰ أبو داوود [٣٩٣٢] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق نصيباً له من مملوك . . أعتق من ماله إن كان له مال » وفي « الصحيحين » [خ ٢٥٥٣ـ م ١٥٠١/١] بنحوه .

ولقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس لله شريك » وبنفس اللفظ « صار لله » فلو أبقينا ملك الشريك . . لأثبتنا الشركة .

فعلىٰ هـٰذا : يصير حكمه في الحال حكم الأحرار في الشهادة والإرث والجناية والحد وغيره ، وهل تحصل الحرية دفعة واحدة؟ فيه وجهان في « الكفاية » ، قال الإمام : ينتقل الملك ثم يعتق ، وقيل : يحصلان معاً والمشهور الأول .

ويستثنىٰ من كون السراية بنفس الإعتاق ما لو كاتبا العبد المشترك ثم أعتق أحدهما نصيبه . . فإنما يحكم بالسراية بعد العجز عن أداء نصيب الشريك على الصحيح ؛ فإن في التعجيل ضرراً على السيد لفوات الولاء ، وبالمكاتب لانقطاع الكسب عنه .

وَفِي قَوْلٍ : بِأَدَاءِ ٱلْقِيمَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : إِنْ دَفَعَهَا . . بَانَ أَنَّهَا بِٱلإِعْتَاقِ . وَٱسْتِيلاَدُ أَحَدِ ٱلشَّرِيكَيْنِ ٱلْمُوسِرِ يَسْرِي ، . . . .

قال : (**وفي قول : بأداء القيمة**) ؛ لما روى النسائي [سك ٤٩٢٢] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ، فإن كان موسراً . . يقوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ، ثم يعتق » .

ولأنه عتق بعوض ورد الشرع به فلا يسبق وقوع العتق دفع العوض كالكتابة ، ولأن في إزالة ملك الشريك قبل أن يحصل العوض إضراراً به ؛ فإنه قد يفوته بهرب أو غيره ، والضرر لا يزال بالضرر .

وعلىٰ هـٰذا القول : إن اختلفا في القيمة . . فالقول قول الشريك كالمشتري مع الشفيع .

قال : (**وفي قول : إن دفعها . . بان أنها بالإعتاق**) ؛ لأن الحكم بالعتق يضر السيد ، والتأخير إلىٰ أداء القيمة يضر بالعبد ، والتوقف أقرب إلى العدل ورعاية الجانبين .

وسكت المصنف عن الشق الآخر وهو يفهم أن المراد وإن لم يدفع . . بان أنه لم يعتق كما عبر في « التنبيه » .

والصواب في تقديره وإن فات الدفع كما عبر به في « الشرح » و« الروضة » أي : بأن كان معسراً ، وإلا . . فعدم الدفع لا نهاية له .

وإذا اختلفا في القيمة لتلف أو غيبة أو تغير القيم لطول المدة . . فالمصدق الشريك علىٰ هـٰذا القول أيضاً .

قال : (**واستيلاد أحد الشريكين الموسر يسري**) كالإعتاق ، بل هو أولىٰ منه بالنفوذ ؛ لأنه فعل والأفعال أقوىٰ ، ولهـٰذا ينفذ استيلاد المجنون والمحجور دون إعتاقهما ، وإيلاد المريض من رأس المال وإعتاقه من الثلث .

وقيل : العتق أولىٰ ؛ لأنه لا يفيد حقيقة العتق .

وقيل : هما سواء ؛ لتعارض المعنيين ، والأوجه الثلاثة حكاها الرافعي في (الرهن) وعزى الأول للأكثرين .

وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَحِصَّتُهُ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ ، وَتَجْرِي ٱلْأَقْوَالُ فِي وَقْتِ حُصُولِ ٱلسِّرَايَةِ ، فَعَلَى ٱلْأَوَّلِ وَٱلثَّالِثِ : لاَ تَجِبُ قِيمَةُ حِصَّتِهِ مِنَ ٱلْوَلَدِ ، وَلاَ يَسْرِي تَدْبِيرٌ ، وَلاَ يَمْنَعُ ٱلسِّرَايَةَ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ فِي ٱلْأَظْهَرِ . . . .

قال : (**وعليه قيمة نصيب شريكه**) ؛ للإتلاف بإزالة الملك .

وتعبيره بـ(قيمة النصف) صريح في إيجابها ، لا نصف القيمة ، وبينهما فرق تقدم ، ونصف القيمة أكثره لأجل التشقيص ، والصواب هنا قيمة النصف ، لأنه إنما أتلف بعضاً .

قال : (**وحصته من مهر مثل**) بسبب الاستمتاع بملك غيره ، ويجب مع ذلك أرش البكارة لو كانت بكراً ، وهل يفرد أو يدخل في المهر؟ خلاف اضطرب فيه الترجيح كما تقدم .

قال : (**وتجري الأقوال في وقت حصول السراية ، فعلى الأول والثالث : لا تجب قيمة حصته من الولد**) ؛ لأنا جعلناها أم ولد في الحال ، فيكون الوضع في ملكه فلا تجب قيمة الولد ، أما على القول الثاني . . فإنها تجب .

قال : (**ولا يسري تدبير**) ؛ لأنه كتعليق العتق بصفة ، ولأن السراية على الميت ممتنعة ، فإذا قال : دبرت نصفك مثلاً ، فإذا مات . . عتق ذلك الجزء فقط ، ولو قال : دبرت يدك . . فوجهان :

قيل : يلغو .

وقيل : يعتق كله بعد موته .

وإن دبر شركاً في عبد . . لم يقوم عليه في الأصح ، وفي قول : إن التدبير يسري ويقوم عليه ، فإن قيل : يرد عليه ما لو دبر حاملاً فإنه يثبت للولد حكم التدبير على المذهب كما ذكره في بابه فإنه تدبير سرى . . فالجواب : أنه ليس علىٰ سبيل السراية كما سيأتي في مكانه .

قال : (**ولا يمنع السراية دين مستغرق في الأظهر**) كما لا يمنع تعلق الزكاة .

والثاني : يمنع ؛ لأنه معسر يحل له أخذ الزكاة .

وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ ٱلْمُوسِرِ : أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَعَلَيْكَ قِيمَةُ نَصِيبِي ، فَأَنْكَرَ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، فَلاَ يَعْتِقُ نَصِيبُهُ ، وَيَعْتِقُ نَصِيبُ ٱلْمُدَّعِي بِإِقْرَارِهِ إِنْ قُلْنَا : يَسْرِي بِٱلإِعْتَاقِ ، وَلاَ يَسْرِي إِلَىٰ نَصِيبِ ٱلْمُنْكِرِ . وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ : إِنْ أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ بَعْدَ نَصِيبِكَ ، فَأَعْتَقَ ٱلشَّرِيكُ وَهُوَ مُوسِرٌ . سَرَىٰ إِلَىٰ نَصِيبِ ٱلأَوَّلِ إِنْ قُلْنَا : ٱلسِّرَايَةُ بِٱلإِعْتَاقِ ، . . . .

كل هـٰذا إذا كان من يسري عليه العتق غير محجور عليه ، فإن حجر عليه بفلس بعد أن علق عتق حصته علىٰ صفة ووجدت الصفة قبل فك الحجر عنه ، فإن قلنا : الاعتبار في نفوذ العتق بحالة وجود الصفة وهو الأصح . . لم يسر .

قال : (**ولو قال لشريكه الموسر : أعتقت نصيبك فعليك قيمة نصيبي ، فأنكر**) أي : ولا بينة للمدعي (**. . صدق بيمينه ، فلا يعتق نصيبه**) ؛ لأن الأصل عدم العتق ، فلو كان معسراً وأنكر وحلف . . لم يعتق من العبد شيء ، فلو اشترى المدعي نصيب المدعىٰ عليه . . عتق عليه ولا سراية .

قال : (**ويعتق نصيب المدعي بإقراره إن قلنا : يسري بالإعتاق**) مؤاخذة له بإقراره .

قال : (**ولا يسري إلىٰ نصيب المنكر**) وإن كان موسراً[1] ؛ لأنه لم ينشىء العتق ، فأشبه ما إذا ادعىٰ أحد الشريكين علىٰ رجل : إنك اشتريت نصيبي وأعتقته ، وأنكر المدعىٰ عليه بعتق نصيب المدعي ولا يسري .

قال : (**ولو قال لشريكه : إن أعتقت نصيبك فنصيبي حر بعد نصيبك ، فأعتق الشريك وهو موسر . . سرىٰ إلىٰ نصيب الأول إن قلنا : السراية بالإعتاق**) وكذلك إذا قلنا بالتبيين إذا أديت القيمة ، وإذا قلنا بالأداء . . فنصيب المعلق عمن يعتق ؟فيه وجهان .

أما لو كان الشريك المعتق معسراً . . فيعتق علىٰ كل منهما نصفه ، فلو اقتصر علىٰ

---

(١) في هامش (ص) : (أي : الدعي) .

وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ . وَلَوْ قَالَ : فَنَصِيبِي حُرٌّ قَبْلَهُ ، فَأَعْتَقَ ٱلشَّرِيكُ : فَإِنْ كَانَ ٱلْمُعَلِّقُ مُعْسِراً . . عَتَقَ نَصِيبُ كُلٍّ عَنْهُ ، وَٱلْوَلاَءُ لَهُمَا ، وَكَذَا إِنْ كَانَ مُوسِراً وَأَبْطَلْنَا ٱلدَّوْرَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ يَعْتِقُ شَيْءٌ ، . . . .

قوله (فنصيبي حر) أو : فجميع العبد حر . . كان الحكم كما لو قال : (بعد نصيبك) أو : بعد عتق نصيبك .

قال : (**وعليه قيمته**) ؛ لأن السراية أقوىٰ من العتق بالتعليق ، لأن السراية قهرية لا مدفع لها ، وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه .

قال : (**ولو قال : فنصيبي حر قبله ، فأعتق الشريك : فإن كان المعلق معسراً . . عتق نصيب كل عنه**) المنجز في الحال والمعلق قبله ؛ لموجب التعليق ولا سراية .

قال : (**والولاء لهما**) ؛ لاشتراكهما في العتق ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، وكذا إذا كانا معسرين .

قال : (**وكذا إن كان**) أي : المعلق (**موسراً وأبطلنا الدور**) أي : اللفظي وهو الأصح ، فيعتق نصيب كل واحد منهما عنه ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال : مع نصيبك .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يبطل الدور اللفظي كما قاله ابن الحداد (. . **فلا يعتق شيء**) ؛ لأنه لو نفذ إعتاق المقول له في نصيبه . . لعتق نصيب القائل قبله ، ولو عتق . . لسرىٰ ، ولو سرىٰ . . لبطل عتقه ، فيلزم من نفوذه عدم نفوذه ، وإذا لم ينفذ عتق حصة المقول له . . لم ينفذ عتق حصة المعلق ، فعبر المصنف بقوله : (فلا يعتق شيء) ؛ لتكون أنص على المراد من غيرها .

وبقي من أقسام المسألة ما إذا قال : فنصيبي حر مع عتق نصيبك ، أو في حال عتق نصيبك ، إن قلنا بحصول السراية بالإعتاق . . عتق نصيب كل واحد عن نفسه على الأصح ، وقال القفال والشيخ أبو علي : يعتق جميعه على المقول له .

حادثة :

سئل الشيخ عن رجل مات وترك عبداً ، فادعت زوجته أنه عوضها إياه عن صداقها وأنها أعتقته ، فهل يعتق نصيبها ويسري إلىٰ باقيه ، أو لا؟ فقال : يعتق نصيبها

وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ نِصْفُهُ وَلِآخَرَ ثُلُثُهُ وَلِآخَرَ سُدُسُهُ ، فَأَعْتَقَ ٱلآخِرَانِ نَصِيبَيْهِمَا مَعاً .. فَٱلْقِيمَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَانِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَشَرْطُ ٱلسِّرَايَةِ : إِعْتَاقُهُ بِٱخْتِيَارِهِ ،

ولا يسري ؛ لأن الإقرار بإعتاقه يحتمل أن يكون قبل الموت وبعده ، والأول يقتضي المؤاخذة في نصيبها وعدم السراية ، والثاني يقتضي السراية ، فحمل على المتيقن وهو عدمها ، ويؤاخذ بإقرارها في إسقاط صداقها .

قال : (**ولو كان عبد لرجل نصفه ولآخر ثلثه ولآخر سدسه ، فأعتق الآخِران نصيبهما معاً .. فالقيمة عليهما نصفان على المذهب**) ؛ لأن ضمان التلف يستوي فيه القليل والكثير كما لو مات عن جراحاتهما المختلفة .

والطريق الثاني : حكاية قولين : أحدهما : هـٰذا .

والثاني : أنها على الملكين كنظيره من الشفعة ، وفرق الأول بأن الأخذ بالشفعة من مرافق الملك كالثمرة ، وهنا سبيله سبيل ضمان المتلف ، وموضع الخلاف إذا كانا موسرين ، فإن كان أحدهما موسراً فقط .. قوم عليه نصيب الثالث بلا خلاف ، كذا قاله الشيخان .

وحكى القاضي فيه وجهاً كمذهب مالك : أنه يخصه بالسراية ما كان يخصه لو كان موسراً ، لـٰكنه خالفه في موضع آخر .

وضبط المصنف بخطه (الآخران) بكسر الخاء ؛ ليوافق قوله في « المحرر » : فأعتق الثاني والثالث[1] .

وقوله : (معاً) المراد : أنه وقع ذلك اتفاقاً ، أو علقا بصفة واحدة فوجدت ، أو صفتين فوجدتا معاً .

قال : (**وشرط السراية : إعتاقه باختياره**) ، سواء باشر ذلك أو تسبب فيه بأن ملكه باختياره كالشراء والهبة وقبول الوصية .

واحترز بـ(الاختيار) عما لو عتق عليه .. فلا يسري ، كمن كاتب عبداً فاشترىٰ

---

(١) في هامش (ز) : (وإلا .. فلو قال : فأعتق اثنان منهما كما في « الروضة » .. كان الحكم كذلك) .

فَلَوْ وَرِثَ بَعْضَ وَلَدِهِ.. لَمْ يَسْرِ . وَٱلْمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلاَّ فِي ثُلُثِ مَالِهِ ، وَٱلْمَيْتُ مُعْسِرٌ ، فَلَوْ أَوْصَىٰ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ . . لَمْ يَسْرِ . . . .

شقصاً ممن يعتق علىٰ سيده ، ثم عجزه السيد فصار الشقص له وعتق عليه.. فالأصح : أنه لا يسري .

ومن قال : إن المصنف احترز بـ(الاختيار) عما إذا أعتق مكرهاً واهمٌ ؛ لأن الكلام فيما يعتق منه الشقص ، وهـٰذا لا عتق فيه أصلاً .

قال : (**فلو ورث بعض ولده.. لم يسر**) ؛ لأن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات ، ولم يوجد منه صنع ولا قصد إتلاف .

وعبر في « المحرر » بالقريب بدل الولد ، وهو أعم .

قال : (**والمريض معسر إلا في ثلث ماله**) فإذا أعتق في مرض موته نصيبه ولم يخرج من الثلث غيره.. فلا سراية في الباقي ، ولم يذكروا هنا إجازة الوارث ؛ لأن السراية قهرية .

والتحقيق : أن المريض موسر كالصحيح ؛ فإن شفي.. لزمه ما جرىٰ ، وإن مات.. نظر في الثلث عند الموت ، وفارق المفلس ؛ لتعلق حق الغرماء بالأعيان .

قال : (**والميت معسر ، فلو أوصىٰ بعتق نصيبه.. لم يسر**) ولو خرج جميعه من الثلث ؛ لأن الموت ينقل المال إلى الوارث ، ويبقى الميت معسراً ولا تقويم علىٰ من لا يملك شيئاً وقت نفوذ العتق ، بل لو كان العبد له فأوصىٰ بإعتاق بعضه فأعتق.. لم يسر ، فلو قال : أعتقوا نصيبي وكملوا العتق.. كملناه إن خرج من الثلث ، وإلا.. فما يخرج .

تتمة :

أمة حامل من زوج ، اشتراها زوجها وابنها الحر معاً وهما موسران.. فالحكم كما لو أوصىٰ سيدها بها لهما وقبلا الوصية معاً.. تعتق الأمة على الابن ، والحمل يعتق عليهما ولا يقوم .

فَصْلٌ :

إِذَا مَلَكَ أَهْلُ تَبَرُّعٍ أَصْلَهُ أَوْ فَرْعَهُ . . عَتَقَ ، . . . .

قال : (**فصل** :

إذا ملك أهل تبرع أصله أو فرعه . . عتق) أي : عليه ، قال ابن المنذر : أجمعوا علىٰ ذلك ، وكأنه لم يعبأ بخلاف داوود .

واستدل لعتق الأصول بقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ ﴾ ولا يتأتىٰ خفض الجناح مع الاسترقاق .

وفي « صحيح مسلم » [١٥١٠] عن عمران بن حصين : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه » .

وهـٰذه الرواية محمولة على الرواية الأخرىٰ « فيعتق عليه » .

وظن داوود أن الرواية بنصب (فيعتقه) عطفاً علىٰ (فيشتريه) فيكون الولد هو المعتق فقال : لا بد من إنشاء عتق ، ولا يعتق بمجرد الملك شيء .

والمشهور في الرواية الرفع ، والضمير عائد على المصدر المحذوف الذي دل عليه الفعل ، تقديره : فيعتقه الشراء ، وعلى النصب ينعكس المعنىٰ ، والصواب الرفع ، وتؤيده رواية « عتق عليه »(١) ، وفي أخرىٰ « فهو حر »(٢) .

وأما عتق الفرع . . فلقوله تعالىٰ : ﴿ وَقَالُواْ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحْمَٰنُ وَلَدًاۗ سُبْحَٰنَهُۥۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ ﴾ ، وقوله : ﴿ وَمَا يَنۢبَغِى لِلرَّحْمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ﴿٩٢﴾ إِن كُلُّ مَن فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ إِلَّآ ءَاتِى ٱلرَّحْمَٰنِ عَبْدًا ﴾ ، فدل علىٰ أنه لا تجتمع بنوة وملك .

ولأن الله تعالىٰ سمىٰ أولاد الرجل باسم نفسه فقال : ﴿ قُوٓاْ أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ﴾ ، وقال : ﴿ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾ .

ولا فرق بين أن يدخل في ملكه قهراً أو اختياراً ، بعوض أو بلا عوض ، والتقييد بـ(أهل التبرع) تبع فيه « المحرر » ، ولم يذكره في « الروضة » .

---

(١) أخرجها النسائي في « الكبرى » (٤٨٧٧) .

(٢) أخرجها الحاكم (٢/ ٢١٤) ، وأبو داوود (٣٩٤٥) ، والترمذي (١٣٦٥) ، وغيرهم .

. . . .

ولا يحسن الاحتراز به عن الصبي والمجنون ؛ لأنهما إذا ملكا القريب . . عتق عليهما ، إنما احترز به عن المكاتب إذا وهب له أو وصي له به ، وكان القريب كسوباً يقوم بكفاية نفسه . . فإنه يجوز له قبوله ، وإذا قبله . . ملكه ، ولا يعتق عليه ؛ لضعف ملكه ، ولأنه لو عتق . . لكان ولاؤه له ، ولا يكون الولاء لرقيق .

وكذلك لو وطئ أمته فأتت منه بولد كما سيأتي في موضعه .

وشملت عبارته الأب والأم والأجداد والجدات من الجهتين ، والأولاد وأولادهم وإن سفلوا .

وحكى القاضي حسين في الولد المنفي باللعان وجهين .

أما ولد الرضاع . . فلا يعتق عند جمهور العلماء ، وقال شريك بن عبد الله القاضي : يعتق ، وخطأه الناس .

وسواء اتفق الوالد والولد في الدين أو اختلفا .

وخرج غير الأصول والفروع كالإخوة والأعمام وسائر الأقارب ؛ فإنهم لا يعتقون بالملك .

وعند أبي حنيفة وأحمد : يعتق كل ذي رحم محرم ؛ لقوله عليه الصلاة و السلام : « من ملك ذا رحم محرم . . فقد عتق عليه » رواه ابن ماجه [٢٥٢٥ بنحوه] والنسائي [سك ٤٨٧٧] من حديث ابن عمر .

وجوابه : أن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة ، وقال الترمذي : إنه خطأ عند أهل الحديث ، وكذلك قال ابن عساكر .

وقال الأوزاعي : يعتق كل قريب محرماً كان أو غيره .

وقال مالك في المشهور عنه : يعتق السبعة المذكورون في آية الميراث : الوالدان والأولاد والإخوة والأخوات ، ولا يعتق العم والعمة ، ولا الخال والخالة ، فالمذاهب خمسة .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف مسائل :

منها : صورة المريض الآتية في الكتاب .

ومنها : إذا ملك المكاتب أباه كما تقدم ، وإذا وكله في شراء عبد فاشترى الوكيل من يعتق عليه وكان معيناً . . ففي « الروضة » في (كتاب القراض) : أن للوكيل رده ؛ لأنه لا يعتق على الموكل قبل رضاه بالعيب .

وكذلك إذا أوصىٰ له بمن يعتق على وارثه بأن أوصىٰ له ببعض ابن أخيه فمات وقبل الأخ الوصية . . فإن الشقص يعتق ، ولا سراية في الأصح ؛ لأن الملك حصل للميت أولاً ، ثم انتقل إلى الأخ إرثاً .

وكذا إذا باع ابن أخيه بثوب ومات ووارثه أخوه ، فرد الثوب بعيب .

ويبقى النظر فيما إذا اشترىٰ زوجته الحامل هل يعتق عليه الحمل؟ ينبغي تخريجها علىٰ أن الحمل يعلم أم لا ، إن قلنا : نعم . . عتق ، وإلا . . فلا ، فلو اطلع علىٰ عيب بها ثم أراد ردها هل له ذلك؟ يحتمل بناؤه على العلتين .

ولو اشتراها في مرض موته ثم انفصل قبل موته ، فإن قلنا : الحمل يعلم . . لم يرث ؛ لأنه لو ورث . . لكان وصية لوارث ، وإن قلنا : لا يعلم . . فينبغي أن يرث ؛ لأن الحرية لم تحصل له بالشراء ، بل بعده ، فإذا انفصل بعد موته . . كان الأمر كذلك .

قال : (**ولا يشتري لطفل قريبه**) أي : الذي يعتق عليه ؛ لأنه إنما يتصرف بالغبطة كما ليس له أن يعتق عبده عنه ، ولا خصوصية للطفل ، بل المجنون والسفيه كذلك ، فلو قال : لمحجور . . كان أشمل .

وظاهر عبارة الكتاب و« الروضة » و« أصليهما » تبعاً للغزالي : أنه يملكه ثم يعتق عليه ، وهو المنقول عن النص ، واستشكله في « المطلب » بأن البعضية إذا نافت الملك فكيف يحكم بوجوده مع اقترانها بسببه؟! ولهٰذا قال ابن الحداد : إذا قهر مسلم قريبه الحربي لا يملكه ؛ لأن القرابة دافعة ، ولقوة هٰذا السؤال قال الغزالي بعد ذلك : عندي أنه لا يملكه ، بل يندفع الملك بموجب العتق ، ويترتب العتق علىٰ سبب الملك لا علىٰ حقيقته ، واختاره أيضاً هو في (تعليق الطلاق) تبعاً لأبي إسحاق المروزي ،

وَلَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ وَصَّىٰ لَهُ : فَإِنْ كَانَ كَاسِباً . . فَعَلَى ٱلْوَلِيِّ قَبُولُهُ ، وَيَعْتِقُ وَيُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ كَانَ ٱلصَّبِيُّ مُعْسِراً . . وَجَبَ ٱلْقَبُولُ ، وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ ٱلْمَالِ ، أَوْ مُوسِراً . . حَرُمَ . وَلَوْ مَلَكَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ قَرِيبَهُ بِلاَ عِوَضٍ . . عَتَقَ مِنْ ثُلُثِهِ ،

وفي آخر « النهاية » : إنما جوزنا الشراء ذريعة إلىٰ تخليصه من الرق ، وإلا . . فالمقتضي لعدم الملك موجود .

قال : (**ولو وهب له أو وصىٰ له : فإن كان كاسباً . . فعلى الولي قبوله ، ويعتق وينفق**) عليه (**من كسبه**) ؛ لانتفاء الضرر وحصول الكمال للأب ، ولا ينظر إلى احتمال توقع وجوب النفقة في المستقبل لزمانة تطرأ ؛ لأن المنفعة محققة ، والضرر مشكوك فيه والأصل عدمه .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن كاسباً (**فإن كان الصبي معسراً . . وجب القبول**) ؛ لأنه يعتق عليه فيحصل بذلك كمال وثواب بلا ضرر ، وفي وجه : يجوز ولا يجب .

قال : (**ونفقته في بيت المال**) هـٰذا في المسلم ؛ لأنه من محاويج المسلمين ، أما الكافر . . فلا حق له فيه ، ولهـٰذا يقطع بسرقته ، لـٰكن الإمام ينفق عليه منه عند الحاجة بشرط الضمان كالمضطر يأكل طعام الغير بشرط الضمان ، قاله الرافعي في (السرقة) ، ورجح في اللقيط المحكوم بكفره أنه ينفق عليه ولا ضمان .

قال : (**أو موسراً . . حرم**) أي : القبول ؛ لأنه يعتق عليه ، ويطالب بنفقته ، وفي ذلك ضرر ، وفي « الحاوي » وجه : أنه يجب ؛ لما يستفيده الولد من عتق أبيه واستحقاق الولاء عليه ، وقال الصيمري في « شرح الكفاية » : إنه مذهب الشافعي .

وتفصيله بين الكاسب وغيره يقتضي أن القريب القادر على الكسب لا تجب نفقته ، وسبق في (النفقات) ما يخالفه من أن المراد بالكاسب القادر عليه ، ولم يفصل ، وكان الأحسن أن يعبر بوجوب النفقة وعدمه كما في « الروضة » وغيرها لا بالكسب وغيره .

قال : (**ولو ملك في مرض موته قريبه بلا عوض . . عتق من ثلثه**) ؛ لأنه دخل في ملكه وخرج بلا مقابل فاعتبر من الثلث كما لو تبرع به .

وَقِيلَ : مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ ، أَوْ بِعِوَضٍ بِلاَ مُحَابَاةٍ . . فَمِنْ ثُلُثِهِ ، وَلاَ يَرِثُ ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ . . فَقِيلَ : لاَ يَصِحُّ ٱلشِّرَاءُ ، وَٱلأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَلاَ يَعْتِقُ ، بَلْ يُبَاعُ لِلدَّيْنِ ، . . . .

قال : (**وقيل : من رأس المال**) فيعتق عليه جميعه ؛ لأن الشرع أخرجه عن ملكه فكأنه لم يدخل وهـٰذا هو الأصح في « الشرحين » و« الروضة » هنا ، وفي (كتاب الوصية) في مسألة الإرث ، وبه قطع الأستاذ أبو منصور ، وهو الأولىٰ .

فعلى الأول : لا يرث ؛ لئلا يجمع بين الوصية والإرث .

وعلى الثاني : يرث ؛ لأنه عتق بالشرع .

وشمل قوله : (بلا عوض) الوصية والهبة ، وبه صرح في « المحرر » .

قال : (**أو بعوض بلا محاباة**) كما إذا اشتراه بثمن مثله (. . **فمن ثلثه**) ؛ لأنه فوت على الورثة ما بدله من الثمن .

وأطلق المصنف العوض ، وينبغي أن يكون مراده : المعاوضة المحضة ، فأما غيرها كالصداق والخلع والصلح عن الدم . . فينبغي إلحاقها بما إذا ملك بلا عوض ، فيكون على الخلاف المتقدم .

قال : (**ولا يرث**) ؛ لأن عتقه من الثلث وصية ، ولا يجمع بينها وبين الميراث ، كذا أطلقوه وعللوه .

قال الرافعي : وكأنه تفريع علىٰ بطلان الوصية للوارث ، فإن صححناها موقوفة على الإجازة . . لم يمتنع الجمع بينهما ، فيحتمل أن يوقف الأمر على الإجازة ، ويحتمل خلافه ، وفي وجه ضعيف : أنه يرث .

قال : (**فإن كان عليه دين**) أي : مستغرق (. . **فقيل : لا يصح الشراء**) ؛ لأنه عقد عتاقة ، فإذا لم يمكن تحصيلها . . وجب إبطال العقد .

قال : (**والأصح : صحته**) ؛ إذ لا خلل في العقد .

قال : (**ولا يعتق ، بل يباع للدين**) ؛ لأن عتقه يعتبر من الثلث ، والدين يمنع منه كما يمنع الدين العتق بالإعتاق ، ويخالف شراء الكافر للمسلم ؛ لأن الكفر يمنع الملك للعبد المسلم .

أَوْ بِمُحَابَاةٍ فَقَدْرُهَا كَهِبَةٍ ، وَٱلْبَاقِي مِنَ ٱلثُّلُثِ . وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدٍ بَعْضَ قَرِيبِ سَيِّدِهُ فَقَبِلَ وَقُلْنَا : يَسْتَقِلُّ بِهِ . . عَتَقَ وَسَرَىٰ ، وَعَلَىٰ سَيِّدِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ .

فَصْلٌ :

أَعْتَقَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ عَبْداً لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُ . . عَتَقَ ثُلُثُهُ ، . . . .

قال : (**أو بمحاباة**) كما إذا اشتراه بخمسين وهو يساوي مئة (**فقدرها كهبة**) فيأتي فيه الخلاف فيما لو وهب منه هل هو من الثلث أو من رأس المال؟

قال : (**والباقي من الثلث**) فعلى الأول : كله من الثلث ، وعلى الثاني : يعتبر منه نصفه ، وحيث عتق من رأس المال . . ورث على الصحيح ، أو من الثلث . . فلا على الصحيح .

قال : (**ولو وهب لعبد بعض قريب سيده فقبل وقلنا : يستقل به**) أي : بالقبول دون مراجعة السيد .

قال : (**. . عتق وسرىٰ ، وعلىٰ سيده قيمة باقيه**) ؛ لأن قبوله كقبول سيده شرعاً ، كذا جزم به الرافعي .

واستشكل في « الروضة » السراية فقال : ينبغي أن لا يسري ؛ لأنه ملكه قهراً كالإرث ، والذي حاوله بحثاً رجحه الرافعي في (كتاب الكتابة) قبل الحكم الرابع ، وتبعه المصنف فيه .

تتمة :

جرح عبد أباه ، فاشتراه الأب ثم مات بالجراحة ، إن قلنا : تصح الوصية للقاتل . . عتق من ثلثه ، وإلا . . لم يعتق .

وعلىٰ هـٰذا : قال البغوي : ينبغي أن تجعل صحة الشراء علىٰ وجهين كما لو اشتراه وعليه دين .

قال : (**فصل :**

أعتق في مرض موته عبداً لا يملك غيره . . عتق ثلثه) ؛ لأن التبرع في مرض الموت يعتبر من الثلث ، حتىٰ لو مات عقب موت السيد . . مات وثلثه حر .

فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ . . لَمْ يَعْتِقْ شَيْءٌ مِنْهُ ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلاَثَةً لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ . . عَتَقَ أَحَدُهُمْ بِقُرْعَةٍ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُ ثُلُثَكُمْ، أَوْ ثُلُثُكُمْ حُرٌّ .

فلو مات قبل السيد فهل يموت رقيقاً كله أو حراً كله أو ثلثه؟ أوجه ، صحح الصيدلاني الأول ، وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي ، فحمده وارتضاه ، كذا حكاه الشيخان هنا ، ونقلا في « الوصايا » عن الأستاذ تصحيح الثاني واقتصرا عليه ، وإطلاق المصنف يقتضي ترجيح الثالث .

قال : (**فإن كان عليه دين مستغرق . . لم يعتق شيء منه**) ؛ لأن العتق وصية ، والدين مقدم عليها .

واحترز بـ(المستغرق) عما لا يستغرق ، فالباقي بعد الدين كأنه كل المال .

وأراد بقوله : (لم يعتق) : عدم النفوذ ، لـٰكن يحكم بإعتاقه في الأصل ، حتىٰ لو تبرع متبرع بقضاء الدين أو إبراء المستحق . . نفذ ، كما صرح به الرافعي فيما لو أوصىٰ بشيء وعليه دين مستغرق .

قال : (**ولو أعتق ثلاثة لا يملك غيرهم قيمتهم سواء . . عتق أحدهم**) ؛ لأن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، رواه مسلم .

قال في « البحر » : المراد : جزأهم باعتبار القيمة ؛ لأن عبيد الحجاز غالباً لا تختلف قيمتهم ، وبهـٰذا قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : لا يقرع ، بل يعتق من كل ثلثه ، فلو مات أحدهم قبل موت السيد . . فالمذهب أنه يدخل في القرعة ، وللإمام احتمال أنه لا يدخل ، وكأنه أعتق عبدين فقط ، وأقامه الغزالي وجهاً ، والتفريع على الأول .

قال : (**بقرعة**) ؛ لأنها شرعت لقطع المنازعة فتعينت طريقاً ، فلو اتفقوا علىٰ أنه إن طار غراب ففلان حر أو من وضع صبي يده عليه حر . . لم يجز .

قال : (**وكذا لو قال : أعتقت ثلثكم ، أو ثلثكم حر**) فيقرع بينهم ؛ لتمييز الحر من غيره .

وَلَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُ ثُلُثَ كُلِّ عَبْدٍ . . أُقْرِعَ ، وَقِيلَ : يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ ثُلُثُهُ . وَٱلْقُرْعَةُ : أَنْ تُؤْخَذَ ثَلَاثُ رِقَاعٍ مُتَسَاوِيَةٍ ، يُكْتَبُ فِي ثِنْتَيْنِ رِقٌّ وَفِي وَاحِدَةٍ عِتْقٌ ، وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ كَمَا سَبَقَ وَتُخْرَجُ وَاحِدَةٌ بِٱسْمِ أَحَدِهِمْ ؛ فَإِنْ خَرَجَ ٱلْعِتْقُ . . عَتَقَ وَرَقَّ ٱلْآخَرَانِ ، أَوِ ٱلرِّقُّ . . رَقَّ وَأُخْرِجَتْ أُخْرَىٰ بِٱسْمِ آخَرَ ، . . . .

قال : (**ولو قال : أعتقت ثلث كل عبد . . أقرع**) أي : ويعتق واحد بالقرعة ؛ لأن العبيد له على الخلوص ، وإعتاق بعض العبد الخالص كإعتاق كله ، فصار كما لو قال : أعتقتكم .

قال : (**وقيل : يعتق من كل ثلثه**) أي : ولا إقراع ؛ لتصريحه بالتبعيض ، وهـٰذا هو القياس ، لـٰكن تشوف الشارع إلىٰ تكميل العتق أوجب اتباع القرعة .

ونظير المسألة : إذا أوصىٰ بعتق ثلث كل من عبيده الثلاثة . . فيأتي فيه الوجهان : الأصح يعتق واحد بقرعة ، وقيل : من كل ثلثه .

ولو دبر عبداً وأوصىٰ بعتق عبد . . ففي قول : يقدم المدبر ؛ لأن عتقه يقع بالموت ، والموصىٰ بعتقه يتوقف علىٰ إنشائه ، فأشبه ما إذا قال : إذا مت فسالم حر ثم غانم ، والأظهر : يسوىٰ بينهما في الإقراع ؛ لاستوائهما في حالة وجوب الحق بالعتق المنتظر ، وحكاه في « البحر » عن نص « الأم » .

قال : (**والقرعة : أن تؤخذ ثلاث رقاع متساوية ، يكتب في ثنتين رق وفي واحدة عتق ، وتدرج في بنادق كما سبق**) أي : في (باب القسمة) .

والاختيار أن تجفف حتىٰ تيبس ، وأن توضع مغطاة ، ويؤمر من لم يشاهدها بالإخراج ، وأن يكون المخرج قليل الفطنة ظاهر السلامة .

قال : (**وتخرج واحدة باسم أحدهم ؛ فإن خرج العتق . . عتق ورق الآخران ، أو الرق . . رق وأخرجت أخرىٰ باسم آخر**) وتجوز بأقلام متساوية ، وبالنوىٰ والبعر كما فعله النبي صلى الله عليه وسلم في بعض الغنائم(١) ، كذا استدل به الرافعي وغيره ، قال ابن الصلاح : ولا أعرف له صحة .

---

(١) قال الحافظ في « التلخيص » (٤/ ٢١٢) نقلاً عن ابن الصلاح : ليس لهـٰذا صحة .

وَيَجُوزُ أَنْ تُكْتَبَ أَسْمَاؤُهُمْ ثُمَّ تُخْرَجُ رُقْعَةٌ عَلَى ٱلْحُرِّيَّةِ ، فَمَنْ خَرَجَ ٱسْمُهُ . . عَتَقَ وَرَقَّا ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً قِيمَةُ وَاحِدٍ مِئَةٌ ، وَآخَرَ مِئَتَانِ وَآخَرَ ثَلَاثُ مِئَةٍ . . أُقْرِعَ بِسَهْمَيْ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ ؛ فَإِنْ خَرَجَ ٱلْعِتْقُ لِذِي ٱلْمِئَتَيْنِ . . عَتَقَ وَرَقَّا ، أَوْ لِلثَّالِثِ . . عَتَقَ ثُلُثَاهُ ، أَوْ لِلْأَوَّلِ . . عَتَقَ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ ٱلْآخَرَيْنِ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ ، فَمَنْ خَرَجَ . . تُمِّمَ مِنْهُ ٱلثُّلُثُ . وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ ثَلَاثَةٍ وَأَمْكَنَ تَوْزِيعُهُمْ بِٱلْعَدَدِ وَٱلْقِيمَةِ كَسِتَّةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ . . جُعِلُوا ٱثْنَيْنِ ٱثْنَيْنِ ، أَوْ بِٱلْقِيمَةِ دُونَ ٱلْعَدَدِ كَسِتَّةٍ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ مِئَةٌ ، وَقِيمَةُ ٱثْنَيْنِ مِئَةٌ ، وَثَلَاثَةٍ مِئَةٌ . . . .

فإن تفاوتت كدواة وقلم وحصاة . . منعه الصيدلاني ، وتوقف فيه الرافعي .

قال : (**ويجوز أن تكتب أسماؤهم ثم تخرج رقعة على الحرية ، فمن خرج اسمه . . عتق ورقا**) ؛ لأن به يفصل الأمر أيضاً .

وكلام المصنف يقتضي : أن الصفة الأولىٰ أولىٰ ؛ فإنه عبر هنا بالجواز ، لـٰكن صوب القاضي والإمام وغيرهما هـٰذه الكيفية ؛ لأن الإخراج فيها يكون مرة واحدة ، بخلاف الأولىٰ ؛ فإنها قد تحوج إلى إعادة سهم الرق أولاً .

قال : (**وإن كانوا ثلاثة قيمة واحد مئة ، وآخر مئتان وآخر ثلاث مئة . . أقرع بسهمي رق وسهم عتق ؛ فإن خرج العتق لذي المئتين . . عتق**) أي : وتم الثلث (**ورقا**) ؛ لزيادتهما عليه ، (**أو للثالث . . عتق ثلثاه**) ؛ لأنه الثلث ، (**أو للأول . . عتق ، ثم يقرع بين الآخرين بسهم رق وسهم عتق ، فمن خرج . . تمم منه الثلث**) ، فإن خرج الثاني . . عتق نصفه ، أو الثالث . . فثلثه .

قال : (**وإن كانوا فوق ثلاثة وأمكن توزيعهم بالعدد والقيمة كستة قيمتهم سواء**) وكذلك تسعة واثنا عشر ونحو ذلك ، فيجعلون ثلاثة ثلاثة ، أو أربعة أربعة ، ويفعل كما سبق في الثلاثة المتساوية ، وكذا لو كانت الستة قيمة ثلاثة منهم مئة وثلاثة خمسون فنضم إلى كل نفيسٍ خسيساً .

قال : (**. . جعلوا اثنين اثنين**) ثم نفعل كما فعلنا في الثلاثة المتساوين القيم .

قال : (**أو بالقيمة دون العدد كستة قيمة أحدهم مئة ، وقيمة اثنين مئة ، وثلاثة مئة . .**

جُعِلَ ٱلأَوَّلُ جُزْءًا ، وَٱلِاثْنَانِ جُزْءًا ، وَٱلثَّلَاثَةُ جُزْءًا . وَإِنْ تَعَذَّرَ بِٱلْقِيمَةِ كَأَرْبَعَةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ . . فَفِي قَوْلٍ : يُجَزَّؤُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ : وَاحِدٌ وَوَاحِدٌ وَٱثْنَانِ ؛ فَإِنْ خَرَجَ ٱلْعِتْقُ لِوَاحِدٍ . . عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ لِتَتْمِيمِ ٱلثُّلُثِ ، أَوْ لِاثْنَيْنِ . . رَقَّ ٱلآخَرَانِ ثُمَّ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ لَهُ ٱلْعِتْقُ وَثُلُثُ ٱلآخَرِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُكْتَبُ ٱسْمُ كُلِّ عَبْدٍ فِي رُقْعَةٍ ، فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ أَوَّلاً وَثُلُثُ ٱلثَّانِي . . . .

جعل الأول جزءاً ، والاثنان جزءاً ، والثلاثة جزءاً) ، وحينئذ يقرع ، غير أن المثال هٰكذا وقع في « المحرر » فتابعه المصنف ، وهو غير مطابق ؛ فإن الستة لها ثلث صحيح ، وإنما مثاله : خمسة قيمة أحدهم مئة ، واثنين مئة وفي هٰذه الصورة وجهان : أصحهما ـ وهو المنصوص ـ : تجزؤهم كما ذكره المصنف .

وقيل : يجزؤون بالعدد ، فيجعل اللذان قيمتهما مئة جزءاً ، والذي قيمته مئة مع واحد من الثلاثة الباقين جزءاً ، والباقين جزءاً .

قال : (**وإن تعذر**) أي : توزيعهم (**بالقيمة**) أي : أو بالعدد ، فإن لم يكن لهم ولا لقيمتهم ثلث صحيح (**كأربعة قيمتهم سواء . . ففي قول : يجزؤون ثلاثة أجزاء : واحد وواحد واثنان**) ؛ لأنه أقرب إلىٰ فعله صلى الله عليه وسلم .

قال : (**فإن خرج العتق لواحد . . عتق**) أي : كله (**ثم أقرع**) أي : بين الواحد وبين الاثنين الباقيين (**لتتميم الثلث**) ، فمن خرج له سهم الحرية . . عتق ثلثه ، كذا قاله الرافعي ، ويحتاج إلىٰ تأمل ؛ فإنه إن خرج للواحد . . فعتق ثلثه واضح ، وإن خرج للاثنين . . فكيف يفعل؟ هل يعتق من كل منهما سدسه ، أو يقرع بينهما ثانياً فمن خرجت له عتق ثلثه؟ وقل من تعرض لذلك .

قال : (**أو لاثنين . . رق الآخران ثم أقرع بينهما ، فيعتق من خرج له العتق وثلث الآخر**) طلباً للمساواة .

قال : (**وفي قول : يكتب اسم كل عبد في رقعة ، فيعتق من خرج أولاً وثلث الثاني**) ؛ لأن ذلك أقرب إلىٰ فصل الأمر ، فيخرج رقعة على العتق ، فمن خرج اسمه . . عتق ثلثه ، لٰكن كلام المصنف يوهم أنه يعتق ثلث الثاني من غير إعادة

قُلْتُ : أَظْهَرُهُمَا : ٱلأَوَّلُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَٱلْقَوْلَانِ فِي ٱسْتِحْبَابٍ ، وَقِيلَ : إِيجَابٍ . ...

قرعة ، وليس كذلك ، بل تعاد كما ذكرناه ، وهو صريح كلام « المحرر » .

قال : (**قلت : أظهرهما : الأول والله أعلم**) أي : أنهم يجزؤون ثلاثة أجزاء بحيث يقرب من التثليث ؛ لما قلناه من كونه أقرب إلىٰ فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، وهـٰذا صححه الرافعي ، ونقله ابن الرفعة عن النص .

وصورة المسألة : ثمانية قيمتهم سواء .

وفي المسألة قولان : أظهرهما : يجزؤون ثلاثة وثلاثة واثنين ، فتكتب أسماؤهم في ثماني رقاع ، فإن كانوا أربعة.. فعلى الأول يجزؤون واحداً وواحداً واثنين ، وعلى الثاني : كل اسم في رقعة .

أما إذا أمكن التسوية بالعدد دون القيمة أو عكسه كستة قيمة أحدهم مئة واثنين مئة وثلاثة مئة.. فوجهان : الصحيح المنصوص : يجزؤون واحداً واثنين وثلاثة ؛ مراعاة للقيمة .

والثاني : يجزؤون بالعدد ، فاللذان قيمتهما مئة جزءاً والذي قيمته مئة مع واحد من الثلاثة جزءاً والباقيان جزءاً ، فيقرع ويعتق قدر الثلث .

قال : (**والقولان في استحباب**) ؛ لأن المقصود يحصل بكل طريق .

قال : (**وقيل : إيجاب**) ؛ لأنه أقرب إلىٰ فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، وهـٰذا نقله في « الشرح » و« الروضة » عن مقتضىٰ كلام الأكثرين ، ونقل الأول عن القاضي حسين .

فرع :

قال في « البحر » : لو كان في العبيد أخوان أو أب وابن.. كان الجمع بينهما أولىٰ من التفرقة .

وإن كان فيهم أم وابن بالغ ففرق بينهما.. جاز ، أو أم وابن صغير.. لم يجز ، قال ابن الرفعة : وفيما قاله نظر ؛ لأن التفرقة بالحرية غير داخلة في التحريم ، وفي

وَإِذَا أَعْتَقْنَا بَعْضَهُمْ بِقُرْعَةٍ فَظَهَرَ مَالٌ وَخَرَجَ كُلُّهُمْ مِنَ ٱلثُّلُثِ . . عَتَقُوا ، وَلَهُمْ كَسْبُهُمْ مِنْ يَوْمِ ٱلإِعْتَاقِ ، وَلاَ يَرْجِعُ ٱلْوَارِثُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ خَرَجَ ثُمَّ ظَهَرَ عَبْدٌ آخَرُ . . أُقْرِعَ .

اعتراضه نظر ؛ لأن التفرقة في البيع جازت للضرورة ، ولا ضرورة هنا عند إمكان الضم إليها كما سبق .

قال : وإن كان فيهم زوجان . . فهل تجوز التفرقة؟ وجهان ، وجه المنع أنها تفضي إلىٰ فسخ النكاح ، كل هـٰذا إذا أمكن الجمع .

قال : (**وإذا أعتقنا بعضهم بقرعة فظهر مال**) أي : للميت جهلناه وقت القرعة (**وخرج كلهم من الثلث . . عتقوا ، ولهم كسبهم**) وكذا كل ما كان في معنى الكسب كالولد وأرش الجناية وغيرهما .

قال : (**من يوم الإعتاق**) وترتب علىٰ ذلك جميع أحكام الحرية ، حتىٰ لو كانت أمة زوجها الوارث بالملك . . بطل نكاحها ، ولو وطئها الوارث بالملك . . لزمه مهرها ، ولو زنىٰ أحدهم وجلد خمسين . . كمل حده إن كان بكراً ورجم إن كان ثيباً .

ولو كان الوارث باع أحدهم . . بطل بيعه ، أو رهنه . . بطل رهنه ، أو أجره . . بطلت إجارته ورجع علىٰ مستأجره بأجرة مثله .

ولو كان الوارث قد أعتقه . . بطل إعتاقه وكان ولاؤه للأول ، ولو كاتبه . . بطلت كتابته ورجع على الوارث بما أدىٰ ، وصار حراً في جميع الأحكام .

قال : (**ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم**) كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً علىٰ ظن أنه صحيح ثم فرق القاضي بينهما . . لا يرجع بما أنفق ؛ لأنه أنفق علىٰ أن لا يرجع .

قال القاضي : ويحتمل أن يرجع كما لو أنفق على المبتوتة الحامل بقول القوابل ثم بان أن لا حمل . . فإنه يرجع .

قال : (**وإن خرج**) أي : من الثلث (**ثم ظهر عبد آخر . . أقرع**) أي : بينه وبين من بقي من العبيد ، كما إذا أعتقنا واحداً من ثلاثة ثم ظهر مال يخرج به آخر . . أقرع ، فمن خرج اسمه منهم . . عتق ، فلو ظهر له مال آخر . . أقرعنا وهـٰكذا .

وَمَنْ عَتَقَ بِقُرْعَةٍ . . حُكِمَ بِعِتْقِهِ مِنْ يَوْمِ ٱلْإِعْتَاقِ ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ حِينَئِذٍ ، وَلَهُ كَسْبُهُ مِنْ يَوْمِئِذٍ غَيْرَ مَحْسُوبٍ مِنَ ٱلثُّلُثِ . وَمَنْ بَقِيَ رَقِيقاً قُوِّمَ يَوْمَ ٱلْمَوْتِ وَحُسِبَ مِنَ ٱلثُّلُثَيْنِ هُوَ وَكَسْبُهُ ٱلْبَاقِي قَبْلَ ٱلْمَوْتِ ، لاَ ٱلْحَادِثُ بَعْدَهُ ، فَلَوْ أَعْتَقَ ثَلاَثَةً لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ قِيمَةُ كُلٍّ مِئَةٌ ، فَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِئَةً . . أُقْرِعَ ، فَإِنْ خَرَجَ ٱلْعِتْقُ لِلْكَاسِبِ . . عَتَقَ وَلَهُ ٱلْمِئَةُ ، وَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِهِ . . عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ ، وَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِهِ . . عَتَقَ ثُلُثُهُ ، وَإِنْ خَرَجَتْ لَهُ . . عَتَقَ رُبُعُهُ ، وَتَبِعَهُ رُبُعُ كَسْبِهِ . . . .

قال : (**ومن عتق بقرعة . . حكم بعتقه من يوم الإعتاق ، وتعتبر قيمته حينئذ**) بخلاف من أوصىٰ بعتقه ؛ فإنه تعتبر قيمته يوم الموت ، لأنه وقت الاستحقاق .

قال : (**وله كسبه من يومئذ**) أي : من يوم الإعتاق ، وكذا كل ما يختص به الحر من الحقوق كالكسب وغيره كما تقدم .

قال : (**غير محسوب من الثلث**) ، سواء كسبه في حياة المعتق أو بعد موته ؛ لحصوله في ملكه .

قال : (**ومن بقي رقيقاً قوم يوم الموت**) ؛ لأنه وقت استحقاق الوارث .

قال : (**وحسب من الثلثين هو وكسبه الباقي قبل الموت**) ؛ لأنه إنما ملكه بعد ذلك .

قال : (**لا الحادث بعده**) ؛ لأنه حدث علىٰ ملك الورثة ، حتىٰ لو كان علىٰ سيده دين . . بيع في الدين ، والكسب للوارث لا يقضى الدين منه ، خلافاً للإصطخري .

قال : (**فلو أعتق ثلاثة لا يملك غيرهم قيمة كل مئة ، فكسب أحدهم مئة . . أقرع ، فإن خرج العتق للكاسب . . عتق وله المئة**) ؛ لما سبق ، وفهم من كلامه أنه يحكم برق الآخرين ؛ لأنهما ثلثا ماله .

قال : (**وإن خرج لغيره . . عتق ثم أقرع**) أي : بين المكتسب و الآخر .

قال : (**وإن خرجت لغيره . . عتق ثلثه**) فيبقىٰ ثلثاه ، والمكتسب وكسبه للورثة .

قال : (**وإن خرجت له**) أي : للمكتسب (. . **عتق ربعه ، وتبعه ربع كسبه**) ؛ لأنه يجب أن يبقىٰ للورثة ضعف ما عتق ، ولا يبقىٰ ذلك إلا بذلك ؛ لأنه عتق ربعه ،

. . . .

وقيمة الربع خمسة وعشرون تبعه من كسبه خمسة وعشرون غير محسوبة عليه ، فيبقىٰ من كسبه خمسة وسبعون ويبقىٰ منه ما قيمته خمسة وسبعون وعبد قيمته مئة ، فجملة التركة المحسوبة ثلاث مئة وخمسة وسبعون ، منها قيمة العبيد كلهم ثلاث مئة ، ومنها من كسب أحدهم خمسة وسبعون ، جملة ما عتق مئة وخمسة وعشرون ، وجملة ما بقي للورثة مئتان وخمسون .

وأما ربع كسبه وهو خمسة وعشرون . . فإنه غير محسوب عليه ؛ لأنه تابع لما عتق منه ، وفي هـٰذه الصورة يأتي الدور ، ويستخرج بطريق الجبر والمقابلة ، وقد بينها في « المحرر » ، وحاصله : يعتق ربعه ويتبعه ربع كسبه كما قاله المصنف .

تتمة :

سئل العبادي عمن له ثلاثة أعبد فقال : أحد عبيدي حر ، ثم قال : أحد عبيدي حر ، ثم قال ثالثاً : أحد عبيدي حر . . فقال : يعتق الجميع ، قال : ولو قال : أحد هـٰؤلاء حر ، وقاله ثانياً وثالثاً . . لا يعتق إلا واحد ؛ لأن قوله : أحد عبيدي ينصرف إلى المملوك ، وقوله : أحد هـٰؤلاء لا يتعين في الرق ؛ فإنه لو قال لعبده وحر : أحدكما حر . . انصرف إلى الحر .

وقال القاضي حسين : لا يعتق في المسألتين إلا واحد ؛ لأن قوله ثانياً : (أحد عبيدي حر) يقتضي أن يكون له عبيد ولم يكن له إلا عبدان .

فقيل له : رجل قال : عبيدي أحرار ، وليس له إلا عبد؟ قال : لا يعتق ؛ لأن اسم العبيد لا يقع علىٰ واحد ، وفيما قاله نظر ؛ لأنه يلزم عليه أن من قال : أحد زوجاتي طوالق وليس له إلا زوجة أو زوجتان لا يقع عليه طلاق وهو بعيد ، والمسألة في « فتاوى البغوي » وأجاب فيها بما أجاب به العبادي ، وهو الصواب .

قال : (**فصل**) :

هـٰذا باب الولاء ، وهو بفتح الواو والمد ، مأخوذ من الموالاة ، وهي المعاونة والمقاربة ، فكأنه أحد أقارب المعتق .

مَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ رَقِيقٌ بِإِعْتَاقٍ أَوْ كِتَابَةٍ وَتَدْبِيرٍ وَٱسْتِيلاَدٍ وَقَرَابَةٍ وَسِرَايَةٍ . . فَوَلاَؤُهُ لَهُ ،

وهو في الشرع عبارة عن عصوبة متراخية عن عصوبة النسب ، يرث بها المعتق ويلي أمر النكاح والصلاة عليه ، ويعقل ذكور العصبة من بعده ، وقد بالغ المصنف في اختصاره .

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالىٰ : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ﴾ .

وروىٰ أحمد وابن خزيمة وابن حبان والحاكم عن ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الولاء لحمة كلحمة النسب ، لا يباع ولا يوهب » وفي : « رواية كلحمة الثوب » .

واللحمة بضم اللام وفتحها ، وقيل : في النسب بالفتح ، وفي الثوب بالضم .

ومعنى الحديث : المخالطة في الولاء ، وأنها تجري مجرى النسب في الميراث ، كما تخالط اللحمة سدى الثوب حتىٰ يصيرا كالشيء الواحد ؛ لما بينهما من المداخلة الشديدة .

وإنما قال : (لا يباع ولا يوهب) لأن العرب كانت تبيعه كما قيل [من الطويل] :

فباعوه مملوكاً وباعوه معتقاً فليس له حتى الممات خلاص

فنهاهم الشارع عن ذلك ، وهـٰذا كالإجماع من أهل العلم ، إلا أنه روي عن ميمونة أنها وهبت ولاء مواليها من العباس أو من ابن عباس .

قال : (**من عتق عليه رقيق بإعتاق**) ، سواء نجز ذلك أو علقه علىٰ صفة فوجدت .

قال : (**أو كتابة وتدبير واستيلاد وقرابة وسراية . . فولاؤه له**) أما إذا باشر العتق . . فلقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه .

وأما في الباقي . . فقياساً عليه ، ولا ينتفي عنه بنفيه بأن أعتقه علىٰ أن لا ولاء عليه ، أو أنه لفلان أو للمسلمين ، فإن الشرط يلغو ويثبت له الولاء .

ودخل في كلام المصنف ما لو التمس من مالك العبد عتقه عنه بمال أو مجاناً فأجاب . . فإنه يعتق عنه وولاؤه له .

أما إذا باع عبده نفسه . . فإن الولاء يثبت له على المذهب ، ولا تشمله عبارة المصنف .

ولو شهد بعتق عبد ثم اشتراه . . عتق عليه ؛ لإقراره ، وولاؤه موقوف علىٰ ظاهر النص .

وقيل : يسلم له من ميراثه الأقل مما بذله ومن جملة الميراث ، وصححه الجمهور .

ولو أعتق مسلم كافراً أو عكسه . . ثبت الولاء وإن لم يتوارثا .

وادعى الماوردي الإجماع علىٰ أن المسلم إذا أعتق كافراً . . ثبت له الولاء ، وحكى الخلاف في ثبوته للكافر على المسلم .

وفائدة ثبوت الولاء : الإرث إذا أسلم ، وما نقله القاضي عبد الوهاب المالكي عن الشافعي أنه قال : إن المسلم يرث عبده الكافر . . لم يصح عن الشافعي .

هـٰذا إذا لم يطرأ استرقاق بعد الإعتاق ، فلو أعتق الكافر كافراً فالتحق العتيق بدار الحرب فاسترق ثم أعتقه السيد الثاني . . ففي ميراثه ثلاثة أوجه حكاها ابن القطان والدارمي :

أحدها : للسيد الأول ؛ لأن ولاءه استقر له .

والثاني : للثاني ؛ لأن عتقه أقرب إلى الموت .

والثالث : بينهما ، والراجح : الثاني ؛ فإن ابن اللبان قال في « الإيجاز » : إنه مذهب الشافعي ومالك ، ورد الأول بأنه لما استرق . . بطل ولاؤه ، وهـٰذا الفرع تقدم في (الفرائض) عند قول المصنف : (فصل من لاعصبة له بنسب وله معتق) .

وإذا ثبت الولاء على العتيق . . استرسل وانتقل إلىٰ عتيق العتيق وأولاده وأحفاده ، لـٰكن تستثنىٰ صورتان ستأتيان .

قال : (**ثم لعصبته**) أي : الأقرب فالأقرب كما سبق في (الفرائض) ، ولا ينتقل الولاء لغير العصبة من الورثة ؛ إذ لو انتقل إلىٰ غيرهم . . لكان موروثاً وهو لا يورث لـٰكن يورث به ، ولأنه لو ورث . . لاشترك فيه الرجال والنساء .

ووقع في « الروضة » هنا : أن من أعتق عن غيره بغير إذنه . . وقع العتق عن المعتق عنه وله الولاء دون المعتق ، وهو سبق قلم ، وعبارة الرافعي : من أعتق عن غيره بغير إذنه . . وقع العتق عنه وكان الولاء له دون المعتق عنه ، خلافاً لمالك ، وهـٰذا هو الصواب .

ونقل الشيخان في (الظهار) عن البغوي من غير مخالفة أنه لو قال : أعتق عبدك عني علىٰ ألف ، فقال : أعتقته عنك مجاناً . . عتق عن المعتق دون المستدعي ، ومسألتنا أولىٰ بذلك ، وقد تقدم في (الفرائض) الصور الأربعة التي يخالف فيها الولاء النسب[1] .

تنبيه :

ظاهر عبارته أن الولاء لا يثبت في حياة المعتق لعصبته ، بل إنما يثبت بعده وهو المشهور ، وقال ابن المنذر : يثبت في حياته .

ومراده بالعصبة : العصبة بنفسه لا بغيره ، ولهـٰذا قال بعده : (ولا ترث امرأة بولاء) ؛ لأن البنت عصبة بأخيها وعند عدمه صاحبة فرض ، ولا شيء لأصحاب الفروض في الولاء بحال .

قال : (**ولا ترث امرأة بولاء إلا من عتيقها**) ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « الولاء لمن أعتق » .

وروى النسائي [سك ٦٣٦٥] بإسناد جيد : أن ابنة حمزة ـ واسمها فاطمة ، وقيل :

---

(١) في هامش (ز) : (تقدم عند قول المصنف : « لـٰكن الأظهر : أن أخا المعتق وابن أخيه يقدمان علىٰ جده » ، واستثنى الشارح فقال : وزاد في « الروضة » [٦/٢٣] ثالثة وهي : إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم . . فالأظهر : تقدمه على ابن العم الذي ليس بأخ لأم ، بخلاف النسب ؛ فإنهما سواء بعد إخراج الفرض على المنصوص ، ونص في « البويطي » علىٰ أن ابن العم الذي هو ابن الجد يقدم على الجد الذي هو ابنه في « باب الولاء » ، بخلاف النسب ، فعلىٰ هـٰذا يكون رابعة) .

وَأَوْلَادِهِ وَعُتَقَائِهِ ، وَإِنْ عَتَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْداً فَمَاتَ بَعْدَ مَوْتِ ٱلْأَبِ بِلاَ وَارِثٍ . . فَمَالُهُ لِلْبِنْتِ ، . . . .

أمامة ـ أعتقت عبداً لها ، فمات وترك ابنته ومولاته ، فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم ابنته النصف والمعتقة النصف .

وأما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يرث الولاء من يرث المال » فرواه الترمذي [٢١١٤] وقال : إسناده ضعيف .

والمصنف قدم المسألة في (الفرائض) لـٰكن بغير هـٰذه العبارة .

قال : (**وأولاده وعتقائه**) كالرجل ، وزاد في « التنبيه » ثالثة وهي : جر الولاء إليها ممن أعتقت .

وصورته : أن يتزوج عبدها بمعتقة رجل ، فتأتي منه بولد ، فولاؤه لمولىٰ أمه ، ثم تعتق المرأة عبدها ، فينجر ولاء الولد إليها .

قال : (**وإن عتق عليها أبوها ثم أعتق عبداً فمات بعد موت الأب بلا وارث . . فماله للبنت**) ؛ لأنها معتقة المعتق ، فإن كان له عصبة كأخ وابن عم قريب أو بعيد . . فميراث العتيق له ؛ لأنه عصبة المعتق بالنسب ، ولا شيء للبنت ؛ لأنها معتقة المعتق ، وهي متأخرة عن عصبة النسب .

وصورة المسألة : امرأة اشترت أباها فعتق عليها ، ثم أعتق الأب عبداً ومات عتيقه بعد موته .

قال الشيخ أبو علي : سمعت بعض الناس يقول : أخطأ في هـٰذه المسألة أربع مئة قاض ؛ لأنهم رأوها أقرب ، وهي عصبة له بولائها عليه .

وصورها في « الوسيط » بابن وبنت شريا أباهما فعتق عليهما ، ثم اشترى الأب مملوكاً وأعتقه ومات ، ثم مات العتيق ، فقال القضاة الغالطون : ميراث العتيق بين الأخ والأخت ؛ لأنهما معتقا معتقه .

والصواب : أنه للأخ ، ولا شيء للأخت ؛ لأنها معتقة المعتق ، فلو كان الأخ قد مات قبل أبيه وخلف ابناً أو ابن ابن وإن سفل أو كان للأب المعتق ابن عم بعيد . . فهو أولىٰ من البنت كما تقدم .

وَٱلْوَلَاءُ لِأَعْلَى ٱلْعَصَبَاتِ ، وَمَنْ مَسَّهُ رِقٌّ . . فَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا لِمُعْتِقِهِ وَعَصَبَتِهِ . وَلَوْ نَكَحَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَأَتَتْ بِوَلَدٍ . . فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى ٱلْأُمِّ ، . . . .

فلو مات هـٰذا الأخ بعد موت الأب ولم يخلف إلا أخته . . فلها نصف ميراثه بالأخوة ونصف الباقي ؛ لأن لها نصف ولاء الأخ لإعتاقها نصف الأب ، فيجتمع لها ثلاثة أرباع الإرث .

ولو مات الأب ثم مات الابن ثم مات العتيق ولم يخلف إلا البنت . . فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً ، النصف ؛ لكونها معتقة نصف المعتق ، ونصف الباقي ؛ لثبوت ولاء السراية علىٰ نصف الأخ بإعتاقها نصف أبيه ، والربع الباقي في هـٰذه والتي قبلها لبيت المال .

قال : (**والولاء لأعلى العصبات**) هو مراد « المحرر » بقوله : الولاء للكُبْر ؛ لقول عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت : الولاء للكُبْر ، قاله أبو داوود ، وأسنده البيهقي [١٠/٣٠٣] وعبد الرزاق [١٦٢٣٨] ، وهو بضم الكاف وسكون الباء ؛ أي : أكبر الجماعة في الدرجة والقرب دون السن .

مثاله : أعتق عبداً ومات عن ابنين . . فولاء العتيق لهما ، ثم مات أحدهما وخلف ابناً . . فولاء العتيق لابن المعتق دون ابن ابنه .

ولو مات المعتق عن ثلاثة بنين ثم مات أحدهم عن ابن وآخر عن أربعة والآخر عن خمسة . . فالولاء بين العشرة بالسوية ، فإذا مات العتيق . . ورثوه اعتباراً ؛ لاستوائهم في القرب .

قال : (**ومن مسه رق . . فلا ولاء عليه إلا لمعتقه وعصبته**) أي : عصبة معتقه ولا ولاء عليه لغيره كمعتق أبيه أو أمه ، وذلك لأن نعمة من أعتقه عليه أعظم من نعمة من أعتق بعض أصوله فيخصص بالولاء ، فإن لم يوجد . . فالولاء لعصباته ، فإن فقدوا . . فالميراث بعدهم لبيت المال .

قال : (**ولو نكح عبد معتقة فأتت بولد . . فولاؤه لمولى الأم**) ؛ لأنه المنعم عليه فإنه عتق بإعتاق أمه .

فَإِنْ أَعْتَقَ ٱلأَبَ . . ٱنْجَرَّ إِلَىٰ مَوَالِيهِ . وَلَوْ مَاتَ ٱلأَبُ رَقِيقاً وَعَتَقَ ٱلْجَدُّ . . ٱنْجَرَّ إِلَىٰ مَوَالِيهِ ، فَإِنْ أُعْتِقَ ٱلْجَدُّ وَٱلأَبُ رَقِيقٌ . . ٱنْجَرَّ ، فَإِنْ أَعْتَقَ ٱلأَبَ بَعْدَهُ . . ٱنْجَرَّ إِلَىٰ مَوَالِيهِ ، وَقِيلَ : يَبْقَىٰ لِمَوَالِي ٱلأُمِّ حَتَّىٰ يَمُوتَ ٱلأَبُ فَيَنْجَرُّ إِلَىٰ مَوَالِي ٱلْجَدِّ ، وَلَوْ مَلَكَ هَـٰذَا ٱلْوَلَدُ أَبَاهُ . . جَرَّ وَلاَءَ إِخْوَتِهِ إِلَيْهِ ، . . . .

قال : (**فإن أعتق الأب . . انجر إلىٰ مواليه**) فينتقل من موالي الأم إلىٰ موالي الأب ، ومعناه : بطلان ولاء موالي الأم وثبوته لموالي الأب ؛ لما روى البيهقي [١٠/٣٠٦] : أن الزبير بن العوام رأىٰ فتية ظرافاً فأعجبه ظرفهم ، فسأل عنهم فقالوا : رافع بن خديج زوج أمته من غلام فلان الأعرابي ، ثم أعتقها فهـٰؤلاء منها ، فاشترى الزبير الغلام من الأعرابي وأعتقه ، ووجه إلىٰ رافع أن ولاءهم لي ، فتحاكما إلىٰ عثمان فحكم بالولاء للزبير ، ولم يعرف لهم مخالف ؛ لأن الولاء فرع النسب ، والنسب معتبر بالأب ، وإنما ثبت لموالي الأم لعدم الولاء من جهة الأب ، فإذا عاد الولاء إلىٰ جهة الأب . . عاد إلىٰ موضعه .

ومحل الانجرار إلىٰ موالي الأب إذا لم يكن معتق الأب هو الابن نفسه ، فإن اشترى الولد أباه فعتق عليه . . فالأصح أن ولاء الابن باق لموالي أمه كما سيأتي .

قال : (**ولو مات الأب رقيقاً وعتق الجد . . انجر إلىٰ مواليه**) ؛ لأنه كالأب في النسب والتعصيب ، فيجر الولاء كالأب .

قال : (**فإن أعتق الجد والأب رقيق . . انجر**) كما لو مات الأب رقيقاً .

قال : (**فإن أعتق الأب بعده . . انجر إلىٰ مواليه**) ؛ لأن الجد إنما جره لكون الأب رقيقاً ، فإذا أعتق . . كان أولىٰ بالجر ؛ لأنه أقوىٰ من الجد في النسب .

قال : (**وقيل : يبقىٰ لموالي الأم حتىٰ يموت الأب فينجر إلىٰ موالي الجد**) وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه إنما ينجر لبقاء الأب رقيقاً ، فإذا مات . . زال المانع ، وهـٰذا الوجه قطع به البغوي ، وقال المصنف : إنه أقوىٰ ، لـٰكن صحح الشيخ أبو علي عدم الانجرار .

قال : (**ولو ملك هـٰذا الولد**) أي : الذي ثبت عليه الولاء لموالي أمه (**أباه . . جر ولاء إخوته إليه**) ، وهـٰذا لا خلاف فيه كما صرح به في « المحرر » ، والمراد : إخوته

وَكَذَا وَلَاءُ نَفْسِهِ فِي ٱلْأَصَحِّ . قُلْتُ : ٱلْأَصَحُّ ٱلْمَنْصُوصُ : لا يَجُرُّهُ ، وَٱللَّهُ أَعْلَمُ . . . .

من أبيه ، سواء كانوا من أمه أو من معتقة أخرىٰ .

قال : (**وكذا ولاء نفسه في الأصح**) كما لو أعتق الأب غيره ثم يسقط ويصير كحر . . لا ولاء عليه .

قال : (**قلت : الأصح المنصوص : لايجره والله أعلم**) بل يبقىٰ ولاؤه لموالي الأم ؛ لأنه لا يمكن أن يكون له علىٰ نفسه ولاء ، ولهٰذا لو اشترى العبد نفسه . . يعتق ويكون الولاء للسيد ، وكذا المكاتب إذا عتق بأداء النجوم ، وإذا تعذر الجر . . بقي الولاء في موضعه ، وهٰذا الذي صححه الرافعي في « الشرحين » وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وكأن الذي وقع في « المحرر » سبق قلم .

تتمة :

تزوج معتق بحرة أصلية لا ولاء عليها ، فولدت ولداً . . فولاء الولد لمعتق الأب في الأصح ، وقيل : لا ولاء عليه لأحد .

وإذا تزوج حر لا ولاء عليه معتقة فأتت بولد . . فهل عليه لموالي الأم ولاء؟ فيه أوجه :

أصحها : لا .

والثاني : نعم .

والثالث : إن كان أبوه حراً ظاهراً وباطناً . . فلا ، وإن كان ظاهراً فقط كالمحكوم بحريته بالدار . . فنعم .

* * *

خاتمة

أعتق كافر مسلماً وله ابن مسلم وابن كافر ، ثم مات العتيق بعد موت معتقه . . فولاؤه للمسلم فقط ، ولو أسلم الآخر قبل موته . . فولاؤه لهما ، ولو مات في حياة معتقه . . فميراثه لبيت المال .

. . . .

وكذلك لو أن المعتق المسلم قتل العبد المعتق وللسيد ابن . . لا يرثه المعتق ؛ لأنه قاتل ولاء ابنه ، بخلاف النسب ؛ فإن ولد القاتل يرث ، والفرق أن في (باب النسب) الأخوة ثابتة بين الأخ والمقتول فلهـٰذا ورثه ، وفي (الولاء) الابن إنما ثبت له الولاء بموت أبيه ، وكذلك في التزويج .

ونص الشافعي علىٰ أن المرأة إذا أعتقت أمة وكان لها ابن صغير وأخ . . لا يزوج العتيقة ولد المعتقة ، إنما يزوجها السلطان لهـٰذه العلة ، وفي النسب إذا كان الأخ صغيراً . . زوج العم[1] .

* * *

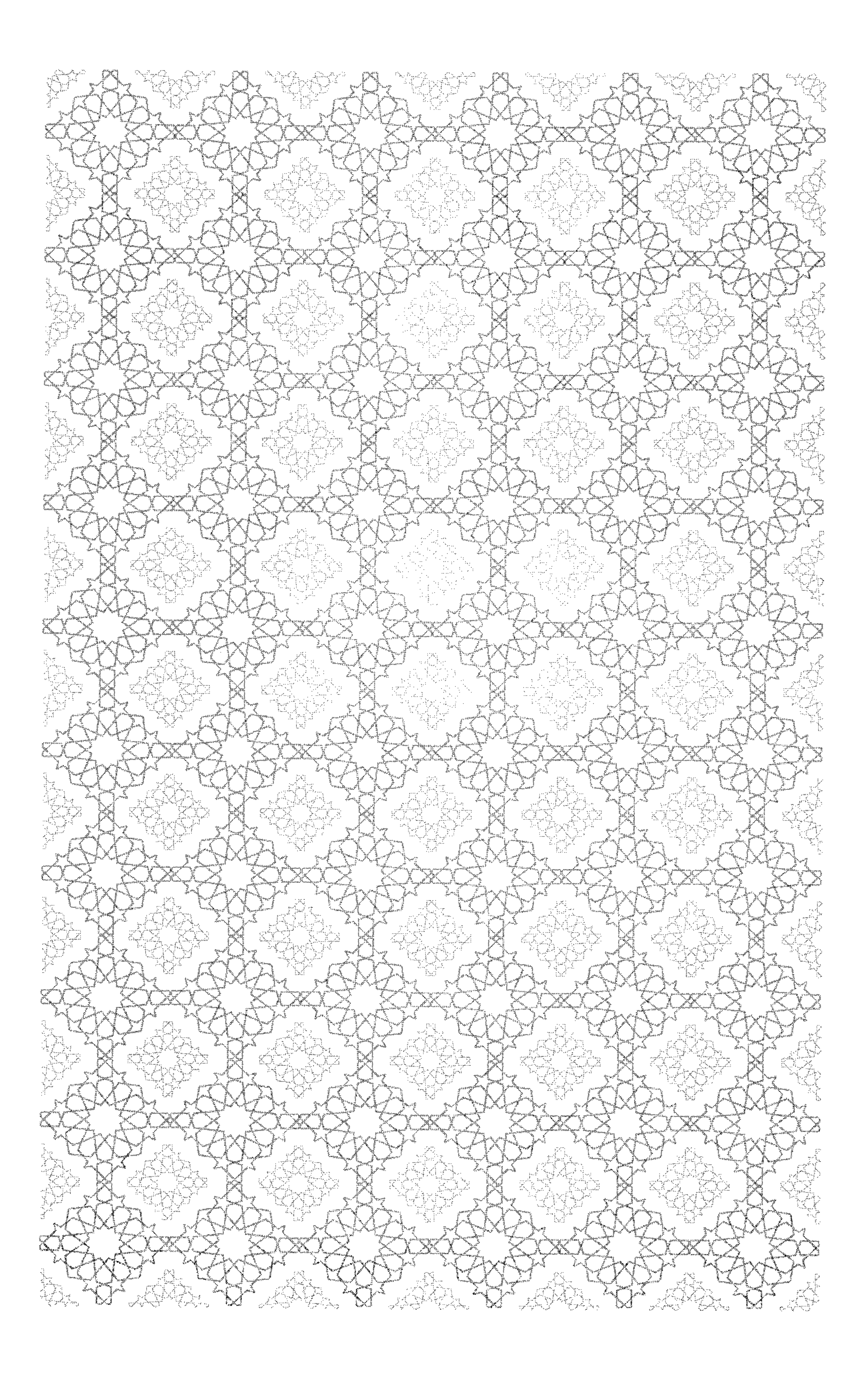
---

(١) في هامش (ز) : (صوابه : أن المرأة كافرة ، ومع ذلك هو تفريع علىٰ ضعيف ، وهو أن الولد يزوج العتيقة في حياة المعتقة) .





كِتَابُ التَّدْبِيرِ



كِتَابُ ٱلتَّدْبِيرِ

. . . .

كتاب التدبير

هو في اللغة : النظر في عواقب الأمور .

وفي الشرع : تعليق عتق يقع بعد الموت .

وحده بعضهم بأنه تعليق عتقه بالموت ، وهو غير مانع ؛ فإنه لو قال : إذا مت فأنت حر قبل موتي بشهر فمات فجأة . . فهـٰذا تعليق بالموت وليس تدبيراً ؛ لأنه يعتق من رأس المال[1] .

ولفظه مأخوذ من الدبر ؛ لأن الموت دبر الحياة ، وقيل : لأنه لم يجعل تدبيره إلىٰ غيره ، وقيل : لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعتقه .

وكان معروفاً في الجاهلية فأقره الشرع ، وقيل : إنه مبتدأ في الإسلام ، ولا يستعمل التدبير في غير العتق من الوصايا ، وقد دبر المهاجرون والأنصار ، وأجمع المسلمون علىٰ جوازه .

وافتتحه في « المحرر » بقول جابر : (إن رجلاً أعتق غلاماً عن دبر لم يكن له مال غيره ، فباعه النبي صلى الله عليه وسلم) رواه الشيخان [خ ٢١٤١ـ م ٩٩٧] ، واشتراه نعيم النحام .

ووقع في « الرافعي » وبعض كتب الحديث والفقه : نعيم بن النحام ، وهو وهم[2] ، واسم العبد المدبر : يعقوب ، ومدبره أبو مذكور الأنصاري .

---

(١) في (ص) : (. . . فإنه لو قال : إذا مت فأنت حر قبل موتي بشهر ، فإنه إن كان قبل موته بشهر مريضاً . . فهو تدبير معتبر من الثلث ، وإن كان صحيحاً . . فليس بتدبير ، بل يعتق من رأس المال) .

(٢) في هامش (د) : (وصوابه : نعيم النحام ، فالنحام هو نعيم ، ومعنى النحام : السعَّال ، وهو الذي يسعل ، وسمي بذلك ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : « سمعت نحمتك »=

صَرِيحُهُ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ إِذَا مِتُّ أَوْ مَتَىٰ مِتُّ . . فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي ، وَكَذَا دَبَّرْتُكَ أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَيَصِحُّ بِكِنَايَةِ عِتْقٍ مَعَ نِيَّةٍ كَخَلَّيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي ، . . . .

وفي « سنن الدارقطني » [١٣٩/٤] : أن النبي صلى الله عليه وسلم باعه بعد الموت ، وهو خطأ ، وفيه أيضاً : أنه إنما باع خدمته ، وهو منقطع .

قال : (**صريحه : أنت حر بعد موتي ، أو إذا مت أو متىٰ مت . . فأنت حر ، أو أعتقتك بعد موتي**) ؛ لأن هاذه الصيغ لا تحتمل غيره وهو شأن الصريح ، لـٰكن كان ينبغي أن يقول : مثل كذا ؛ لأن صرائحه لا تنحصر في ذلك ، ومنها : حررتك بعد موتي ، أو إذا مت . . فأنت عتيق .

ووقع في « الكفاية » : أن إذا مت . . فأنت حر كناية ، وهو سبق قلم .

قال : (**وكذا دبرتك أو أنت مدبر على المذهب**) كذا نص عليه هنا ، ونص في (الكتابة) علىٰ أن قوله : كاتبتك علىٰ كذا . . لا يكفي حتىٰ يقول : فإذا أديت . . فأنت حر وينوي ذلك ، فقيل قولان فيها :

أحدهما : أنهما صريحان ؛ لاشتهارهما في معناهما كالبيع والهبة .

والثاني : كنايتان ؛ لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق .

والثالث : إن كان اللافظ فقيهاً . . افتقر إلى النية ، وإلا . . فلا ، والأصح : تقرير النصين .

والفرق : أن التدبير مشهور يعرفه كل أحد ولا يحتمل إلا العتق بعد الموت ، فاستغنىٰ عن النية ، والكتابة لا يعرفها إلا الخواص وتحتمل أموراً منها المراسلة والمخارجة مثل : كاتبتك كل يوم بكذا .

وموضع الخلاف : حيث لم ينو العتق ، فإن نواه . . فلا خلاف فيه .

قال : (**ويصح بكناية عتق مع نية كخليت سبيلك بعد موتي**) ؛ لأنه نوع من العتق فدخلته كنايته .

= أي : سعلتك ، وقيل : هي النحنحة ، فكل هـٰذا صفة لنعيم لا لأبيه عبد الله) .

وَيَصِحُّ مُقَيَّداً كَإِنْ مِتُّ فِي هَـٰذَا ٱلشَّهْرِ أَوِ ٱلْمَرَضِ. . فَأَنْتَ حُرٌّ ، وَمُعَلَّقاً كَإِنْ دَخَلْتَ. . فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ؛ فَإِنْ وُجِدَتِ ٱلصِّفَةُ وَمَاتَ. . عَتَقَ ، وَإِلاَّ. . فَلاَ . وَيُشْتَرَطُ ٱلدُّخُولُ قَبْلَ مَوْتِ ٱلسَّيِّدِ ، فَإِنْ قَالَ : إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ. . ٱشْتُرِطَ ٱلدُّخُولُ بَعْدَ ٱلْمَوْتِ ، . . . .

ولو قال : دبرت نصفك أو ربعك. . صح ، فإذا مات. . عتق ذلك الجزء ولم يسر كما تقدم .

قال : (**ويصح مقيداً كإن مت في هـٰذا الشهر أو المرض. . فأنت حر**) فإن مات علىٰ تلك الصفة. . عتق ، وإلا. . فلا ، وهو كالمطلق في الإعتاق من الثلث ، لـٰكن شرط المقيد أن يكون إلىٰ مدة يمكن بقاؤه إليها .

فلو قال : إذا مت بعد ألف سنة فأنت حر. . ففي صيرورته مدبراً وجهان في « البحر » في (باب الخيار) ، وصحح : أنه لا يكون مدبراً ؛ للقطع بأنه لا يبقىٰ إلىٰ هـٰذه المدة .

قال : (**ومعلقاً كإن دخلت. . فأنت حر بعد موتي**) ؛ لأنه دائر بين كونه عتقاً أو وصية ، وتعليقهما جائز .

قال : (**فإن وجدت الصفة ومات. . عتق ، وإلا. . فلا**) ؛ لأنه يصير مدبراً ما لم يدخل .

قال الإمام : وإذا وجد الدخول. . حصل التدبير ، والتحق بالتدبير المقيد إن كان يختلف به غرض .

قال : (**ويشترط الدخول قبل موت السيد**) كسائر الصفات المعلق عليها ، فإن مات السيد قبل الدخول. . فلا تدبير .

قال : (**فإن قال : إن مت ثم دخلت فأنت حر. . اشترط الدخول بعد الموت**) ؛ اعتباراً بمقتضىٰ تعليقه بـ(ثم) ، فلو دخلها قبل موته. . لم يعتق .

ومقتضىٰ عبارته : أن هـٰذه الصورة يعتق فيها بالتدبير ، والصحيح : أنه يعتق بالصفة[1]

---

(١) في هامش (ز) : (أي : إذا كان تعليق عتق بصفة. . فلا يرجع فيه بالقول) .

وَهُوَ عَلَى ٱلتَّرَاخِي ، وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ قَبْلَ ٱلدُّخُولِ ، . . . .

لا بالتدبير ؛ لأن التدبير تعليق العتق بموته فقط ، وهنا علقه بموته ودخول الدار بعده .

تنبيه :

ظاهر كلامه : أنه لو أتىٰ بالواو . . لم يشترط فيه الترتيب .

ونقل الشيخان عن البغوي فيها الاشتراط أيضاً إلا أن يريد الدخول قبله .

والصواب : ما اقتضته عبارة المصنف ، فقد قال الشيخان في (تعليق الطلاق) : إن هـٰذا وجه مفرع علىٰ أن الواو للترتيب ، وجزما بأنه لا فرق بين أن يتقدم الأول أو يتأخر ، فالذي قاله البغوي مبني علىٰ أن الواو للترتيب وهو ضعيف .

قال : (**وهو**) أي : الدخول بعد الموت (**على التراخي**) ، فلا يشترط فيه الفور ؛ إذ ليس في الصيغة ما يقتضي ذلك .

قال : (**وليس للوارث بيعه قبل الدخول**) كما لو أوصىٰ لإنسان بشيء ليس للوارث بيعه قبل قبوله وإن كان للموصي أن يبيعه ، وكذلك كل تصرف يزيل الملك ، وله التصرف بما لا يزيله كالاستخدام والإجارة .

وفي وجه ضعيف : أن للوارث أيضاً أن يبيعه ؛ لأن أحد شرطي العتق لم يوجد ، فصار كما لو قال : إن أكلت هـٰذين الرغيفين فأنت حر ، فأكل أحدهما . . لم يمتنع بيعه ، لـٰكن في رجوع ذلك إلىٰ خيرة العبد وشهوته وعدم الاعتراض عليه نظر ؛ لأنه قد يكون عاجزاً لا منفعة فيه ولا خدمة فيبقىٰ كلاً على الورثة ، قال الدارمي : فيقال له : إن فعلت كذا وإلا . . جعلنا لهم التصرف فيك ، وهـٰذا متعين يجب تنزيل إطلاق المطلقين عليه .

وقد قال الأصحاب في الموصىٰ له : إنه إذا لم يقبل ولم يرد . . خيره الحاكم بينهما بطلب الوارث ، فإن لم يفعل . . حكم عليه بالإبطال .

وفي معنى البيع كل تصرف يزيل الملك ، فلو نجز الوارث عتقه قبل الدخول . . ففيه احتمالان لابن أبي الدم :

وَلَوْ قَالَ : إِذَا مِتُّ وَمَضَىٰ شَهْرٌ فَأَنْتَ حُرٌّ. . فَلِلْوَارِثِ ٱسْتِخْدَامُهُ فِي ٱلشَّهْرِ لاَ بَيْعُهُ . وَلَوْ قَالَ : إِنْ شِئْتُ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إِنْ شِئْتَ . . ٱشْتُرِطَتِ ٱلْمَشِيئَةُ مُتَّصِلَةً ، وَإِنْ قَالَ : مَتَىٰ شِئْتُ . . فَلِلتَّرَاخِي . وَلَوْ قَالاَ لِعَبْدِهِمَا : إِذَا مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ . لَمْ يَعْتِقْ حَتَّىٰ يَمُوتَا ، . . . .

أحدهما : المنع كما يمتنع بيعه وهبته .

والثاني : نعم ؛ لقوة العتق ، ولأن المقصود عتقه كيف شاء تحقيقاً لغرض الميت ، وهـٰذا هو الصواب ، فكم من رقبة يمتنع بيعها ويجوز عتقها كالمبيع قبل القبض وغيره .

قال : (**ولو قال : إذا مت ومضىٰ شهر فأنت حر . . فللوارث استخدامه في الشهر**) ؛ لبقائه علىٰ ملكه .

قال : (**لا بيعه**) ؛ لتعلق حق العتق به ، ثم هل هـٰذا تدبير مطلق أو مقيد ، أو لا مطلق ولا مقيد ، وإنما هو مجرد تعليق لا تدبير؟ فيه أوجه : أصحها ثالثها .

قال : (**ولو قال : إن شئت فأنت مدبر ، أو أنت حر بعد موتي إن شئت . . اشترطت المشيئة متصلة**) أي : اتصالاً لفظياً ؛ لأن الخطاب يقتضي جواباً في الحال كالبيع ، ولأنه كالتمليك وهو يفتقر إلى القبول في الحال .

قال : (**وإن قال : متىٰ شئت . . فللتراخي**) ؛ لأنه صريح فيه ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، وكذا : مهما شئت .

نعم ؛ تشترط المشيئة في حياة السيد كسائر الصفات المعلق عليها ، إلا إذا علق صريحاً بمشيئته بعد الموت . . فإنه يحصل العتق بذلك ، وفي اشتراط الفور حينئذ عقب الموت تفصيل ، فإن قال : إذا مت فشئت . . اشترط في الأصح ، ولو قال : إذا مت فمتىٰ شئت فأنت حر . . لم يشترط قطعاً .

قال : (**ولو قالا لعبدهما : إذا متنا فأنت حر . لم يعتق حتىٰ يموتا**) ؛ لأنهما علقا عتقه بموتهما ، ثم إن ماتا معاً . . فالحاصل : عتق لا تدبير في الأصح ، وإن ماتا مرتباً . . فقيل : لا تدبير ، والأصح : أنه بموت الأول صار نصيب الثاني مدبراً ، وأشار المصنف إلىٰ هـٰذا حيث قال :

فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا . . فَلَيْسَ لِوَارِثِهِ بَيْعُ نَصِيبِهِ . وَلاَ يَصِحُّ تَدْبِيرُ مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ لاَ يُمَيِّزُ ، . . . .

(**فإن مات أحدهما . . فليس لوارثه بيع نصيبه**) أي : وله التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالاستخدام والإجارة ؛ لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك .

وفيه وجه : أن له بيعه كما تقدم في نظيره ، أما كسب العبد بين موتيهما . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه معدود من تركة الميت .

والأصح : أنه يختص به الوارث وقد تقدم في (الوصايا) قبيل قوله : (فصل أوصىٰ بشاة) أنه لو أوصىٰ بعتق عبد فاكتسب مالاً بين الموت والإعتاق تصحيح أنه للعبد .

والفرق : أن العتق هناك مستحق حالة الاكتساب ، فإنه واجب على الفور بخلافه هنا .

فرع :

قالا : إذا متنا معاً . . فالحكم كما تقدم ، سواء قالاه معاً أو مرتباً .

ولم يحمل الشافعي قولهما متنا معاً علىٰ موتهما دفعة واحدة ؛ لأنه يصدق أن يقال : ماتا معاً وإن ترتب موتهما .

وكذلك الحكم إذا قال الزوج لامرأتيه : إن ولدتما معاً أو دخلتما معاً ونحو ذلك . . فأنتما طالقان ، أو قال لعبديه : فأنتما حران . . فالمنقول في جميع ذلك أن الاقتران في الزمان لا يشترط ، كذا نقله ابن الرفعة والقمولي عن النص ، وسبقهما إلىٰ ذلك الماوردي والروياني .

وقد تقدم الكلام علىٰ لفظة (معاً) في أول (الجنايات) عند قول المصنف : (فصل وجد من شخصين معاً) .

قال : (**ولا يصح تدبير مجنون وصبي لا يميز**) ؛ لعدم أهليتهما للتبرع وهـٰذا في الجنون المطبق ، أما غيره . . فهو في حال إفاقته التامة كسائر المكلفين .

وَكَذَا مُمَيِّزٌ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَيَصِحُّ مِنْ سَفِيهٍ وَكَافِرٍ أَصْلِيٍّ ، وَتَدْبِيرُ ٱلْمُرْتَدِّ يَنْبَنِي عَلَىٰ أَقْوَالِ مِلْكِهِ . وَلَوْ دَبَّرَ ثُمَّ ٱرْتَدَّ . . لَمْ يَبْطُلْ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَلَوِ ٱرْتَدَّ ٱلْمُدَبَّرُ . . لَمْ يَبْطُلْ ، . . . .

قال : (وكذا مميز في الأظهر) كهبته وإعتاقه ونحوهما .

والثاني : يصح ؛ إذ لا تضييع فيه ، بل هو باق علىٰ ملكه ، والقولان كالقولين في وصيته .

قال : (ويصح من سفيه) ؛ لأنه مكلف وله قول فأشبه النكاح والطلاق ، بخلاف الصبي ، وقيل : قولان كالصبي .

والخلاف في المحجور عليه ، أما من طرأ سفهه بعد رشده ولم يحجر عليه . . فتصرفه نافذ على الأصح ، وتدبير المفلس كإعتاقه ، وقد سبق في بابه وفي تدبير العاصي بسكره الخلاف في تصرفاته ، وتدبير المكره باطل قطعاً .

قال : (وكافر أصلي) حربياً كان أو ذمياً أو مجوسياً أو وثنياً ؛ لأنه صحيح الملك ، قال تعالىٰ : ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ ﴾ ، فأضافها إليهم إضافة ملك ، سواء كان ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام .

قال : (وتدبير المرتد ينبني علىٰ أقوال ملكه) فإن قلنا ببقاء ملكه . . صح ، أو بزواله . . فلا ، أو بالوقف . . فموقوف ، إن أسلم . . بانت صحته ، وإن مات مرتداً . . فلا .

قال : (ولو دبر ثم ارتد . . لم يبطل على المذهب) ؛ لأن الردة تؤثر في العقود المستقبلة دون الماضية .

دليله : أنها لا تفسد المبيع والهبة السابقين عليها .

والطريق الثاني : القطع بالبطلان .

والثالث : البناء علىٰ أقوال الملك .

قال : (ولو ارتد المدبر . . لم يبطل) أي : تدبيره وإن صار دمه مهدراً ، كما لا يبطل الاستيلاد والكتابة بها ، فلو مات السيد قبل قتله . . عتق ، ولو التحق بدار

وَلِحَرْبِيٍّ حَمْلُ مُدَبَّرِهِ إِلَىٰ دَارِهِمْ . وَلَوْ كَانَ لِكَافِرٍ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَبَّرَهُ . . نُقِضَ وَبِيعَ عَلَيْهِ ، . . . .

الحرب فسبي . . فهو علىٰ تدبيره لا يسترق ؛ لأن سيده إن كان حياً . . فهو له ، وإن كان ميتاً . . فولاؤه له ، وإن كان سيده ذمياً . . ففي استرقاق عتيقه[1] خلاف ، ولو استولى الكفار عليه ثم تخلص . . فهو علىٰ تدبيره .

قال : (**ولحربي حمل مدبره إلىٰ دارهم**) ، سواء دبره في دار الحرب أو الإسلام ؛ لأن أحكام الرق باقية عليه ، وهٰكذا حكم مستولدته ، بخلاف المكاتب ؛ فإنه في حكم الخارج عن ملكه .

فإن قيل : الحربي في دارنا إن لم يكن مستأمناً . . لم يمكن من ذلك ، وإن كان مكن وليس بحربي . . فما صورة المسألة؟ فالجواب : أن المراد : إذا دخل إلينا بأمان كما صورها الشافعي في « المختصر » ، وذلك لا يخرجه عن كونه حربياً .

والمصنف أطلق (مدبره) وقيده في « الروضة » بالكافر ، ومراده : الأصل ؛ ليخرج المرتد ، فإنه يمنع من حمله ؛ لبقاء علقة الإسلام كما يمتنع على الكافر شراؤه .

قال : (**ولو كان لكافر عبد مسلم فدبره . . نقض وبيع عليه**) ؛ لأن التدبير لا يزيل الملك ولا يمنع من البيع .

وصورة المسألة : أن يقع التدبير بعد الإسلام ، فإن وقع قبله . . فسنذكره ، وهٰذا يؤخذ من إدخال الفاء علىٰ (دبره) .

والرافعي لم يذكر هٰذه المسألة في « الشرحين » هنا ، بل في (كتاب الكتابة) استطراد .

وإنما قال المصنف : (نقض وبيع عليه) ولم يقتصر على البيع ؛ لأنا إن جعلناه وصية . . فلا بد من نقضه قبل البيع وإن جعلناه تعليقاً بصفة بيع عليه ، والأولىٰ أن يكون على التقديم والتأخير ؛ أي : بيع عليه ونقض تدبيره بالبيع .

---

(١) في هامش (ص) : (قد تقدم قريباً أنه يسترق ، ويكون ولاؤه للمعتق الثاني إذا أعتقه) .

وَلَوْ دَبَّرَ كَافِرٌ كَافِراً فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَرْجِعِ ٱلسَّيِّدُ فِي ٱلتَّدْبِيرِ . نُزِعَ مِنْ سَيِّدِهِ وَصُرِفَ كَسْبُهُ إِلَيْهِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُبَاعُ ، وَلَهُ بَيْعُ ٱلْمُدَبَّرِ ....

قال : (**ولو دبر كافر كافراً فأسلم ولم يرجع السيد في التدبير**) أي : بما يحصل به الرجوع من قول إن اكتفينا به ، أو إزالة ملك إن اعتبرناه .

قال : (. . **نزع من سيده**) ؛ لما في بقائه في يده من الإذلال[1] ويجعل تحت يد عدل ولا يباع ، بل يبقىٰ مدبراً ؛ لتوقع الحرية .

قال : (**وصرف كسبه إليه**) أي : إلىٰ سيده كما لو أسلمت مستولدته .

قال : (**وفي قول : يباع**) أي : وينقض التدبير ؛ دفعاً للإذلال ، لأن العبد المسلم لا يقر في ملك الكافر ، وإلىٰ هـٰذا ذهب جماعة من الأصحاب ، وبه قال مالك ، وهو مقابل لقوله : (نزع من يده) .

أما لو أسلم مكاتب الكافر . . فالمذهب أنه لا يباع ، بل تبقى الكتابة ؛ لانقطاع سلطنة السيد واستقلاله ، فإن عجزه السيد . . بيع عليه .

قال : (**وله**) أي : للسيد الجائز التصرف (**بيع المدبر**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم باعه .

وكذلك له أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي كانت مشروعة له قبل التدبير ، سواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً ، وسواء بيع في الدين أم غيره ، لحاجة أم لغيرها .

وقال أبو حنيفة : لا تجوز إزالة الملك عنه في التدبير المطلق .

وقال مالك : لا يباع المدبر مطلقاً ، وأجاب عن الحديث بأن النبي صلى الله عليه وسلم باعه للدين .

ورد بأنه لو كان كذلك . . لتوقف علىٰ طلب الغرماء ، ولباع منه بقدر الدين ، ولما دفع قيمته إلى المدبر ، فدل علىٰ أنه ليس لأجل الدين ، وهو قد روىٰ والشافعي [١/٢٢٦] والبيهقي [٨/١٣٧] والحاكم [٤/٢١٩] وقال : صحيح على شرط الشيخين عن

---

(١) في هامش (د) : (لأن العبد المسلم لا يقرّ في ملك الكافر) .

وَٱلتَّدْبِيرُ : تَعْلِيقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ ، وَفِي قَوْلٍ : وَصِيَّةٌ ، فَلَوْ بَاعَهُ ثُمَّ مَلَكَهُ . . لَمْ يَعُدِ ٱلتَّدْبِيرُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . . . .

عائشة : أنها باعت مدبرة لها سحرتها ، ولم ينكر عليها ذلك أحد من الصحابة .

ولا خلاف عندنا في جوازه ، وفي معنى البيع : كل تصرف يزيل الملك كالصداق والخلع والهبة المقبوضة ، فإن لم يقبض . . لم يبطل التدبير على الأصح ، ورجح في « التنبيه » مقابله ، وهو المنصوص في « الأم » ، لٰكن يستثنى السفيه ؛ فإنه يصح تدبيره ولا يصح منه بيعه ، وكذا المميز إن صححناه ، قال ابن الرفعة : ولو أراد الولي بيعه لإبطال التدبير . . لم يجز ، كما لا يجوز للولي أن يرجع فيه بالقول قطعاً ، فلو أذن له الصبي في البيع . . كان البيع بإذن الصبي رجوعاً بكل حال ، قاله الماوردي .

وهٰذا بيع لا يجوز للولي تعاطيه إلا بإذن الصبي .

قال : (**والتدبير : تعليق عتق بصفة**) لا يحتاج إلىٰ قبول بعد الموت ، بخلاف الوصية .

قال : (**وفي قول : وصية**) أي : للعبد بالعتق نظراً إلىٰ أنه يعتبر من الثلث ، وهٰذا نص عليه في « البويطي » ، واختاره المزني والربيع ، ورجحه القاضيان الطبري والروياني ، والموفق بن طاهر ، والجويني في « مختصره » ومن تبعه ، والغزالي في « الخلاصة » ، ويعضده قول الشافعي في « الأم » : ولا أعلم من أدركتهم اختلفوا في أن التدبير وصية من الثلث .

لٰكن يستثنىٰ[1] من إطلاقه ما لو أتت المدبرة بولد من نكاح أو زناً . . فإنه لا يتبعها كما سيأتي وإن كان ولد المعلقة العتق يتبعها .

قال : (**فلو باعه ثم ملكه . . لم يعد التدبير على المذهب**) ؛ لأنا إن قلنا : وصية . . فكما لو وصىٰ بشيء ثم باعه ثم عاد إلىٰ ملكه ، وإن قلنا : تعليق . . فعلى الخلاف في عود الحنث ، والأصح : لا يعود .

---

(١) في هامش (ز) : (لم أعرف لهٰذا الاستثناء وجهاً ؛ فإنه كما لا يتبعها هنا لا يتبعها هناك ، وإن قيل : هو مبني على المرجوح . . فلا يعتد أيضاً ؛ لأن في كل منهما خلافاً) .

وَلَوْ رَجَعَ عَنْهُ بِقَوْلٍ كَأَبْطَلْتُهُ ، فَسَخْتُهُ ، نَقَضْتُهُ ، رَجَعْتُ فِيهِ . . صَحَّ إِنْ قُلْنَا : وَصِيَّةٌ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقَ مُدَبَّرٍ بِصِفَةٍ . . صَحَّ وَعَتَقَ بِٱلأَسْبَقِ مِنَ ٱلْمَوْتِ وَٱلصِّفَةِ . وَلَهُ وَطْءُ مُدَبَّرَةٍ ، وَلاَ يَكُونُ رُجُوعاً ، فَإِنْ أَوْلَدَهَا . . بَطَلَ تَدْبِيرُهُ ، وَلاَ يَصِحُّ تَدْبِيرُ أُمِّ وَلَدٍ ، . . . .

قال : (**ولو رجع عنه بقول كأبطلته ، فسخته ، نقضته ، رجعت فيه . . صح إن قلنا : وصية**) ؛ لأن حكمها كذلك .

قال : (**وإلا . . فلا**) كما في سائر التعليقات بالصفة ، فلو قال : أعتقوا عني فلاناً إذا مت . . جاز أن يرجع فيه باللفظ قطعاً كسائر الوصايا ، وإذا ضم إلى الموت صفة أخرىٰ نحو : إذا مت فدخل الدار . . لم يجز الرجوع باللفظ قطعاً ، وإنما الخلاف في التدبير .

قال : (**ولو علق عتق مدبر بصفة . . صح**) ويبقى التدبير بحاله ، كما لو دبر المعلق العتق بصفة . . فإنه يجوز .

قال : (**وعتق بالأسبق من الموت والصفة**) تعجيلاً للعتق ، فإن وجدت الصفة قبل الموت . . عتق بها ، وإن مات قبلها . . عتق بالتدبير .

قال : (**وله وطء مدبرة**) ؛ لبقاء ملكه .

وروىٰ مالك [٢/ ٨١٤] والشافعي [أم ٨/ ٢٥] عن ابن عمر : أنه دبر أمتين وكان يطؤهما ، وصح ذلك عن عدد من الصحابة ، ولم يخالف فيه إلا الزهري ، وهو محجوج بإجماع غيره .

قال : (**ولا يكون رجوعاً**) وإن جعلناه وصية ، سواء عزل عنها أم لا .

قال : (**فإن أولدها . . بطل تدبيره**) ؛ لأن الاستيلاد أقوىٰ فيرتفع به الأضعف كما يرتفع النكاح بملك اليمين ، وقيل : لا يبطل التدبير ، ويكون لعتقها بالموت سببان ، وقيل : لا يبطل ، بل يدخل في الاستيلاد كالحدث في الجنابة .

وفائدة الخلاف فيما لو قال : كل مدبر لي حر هل يعتق؟

قال : (**ولا يصح تدبير أم ولد**) ؛ لأنها تستحق العتق بالموت بالجهة القوية ،

وليس لنا ما يمتنع التدبير فيه مع وجود أهلية الملك إلا هـٰذه الصورة ، علىٰ أنه قد يتصور تدبير المستولدة فيما إذا قال لها السيد : إن مت . . فأنت حرة قبل موتي بشهر ، وقلنا : إن هـٰذا تدبير مقيد كما في « الحاوي الصغير » . . فإنه يصح تدبيرها في هـٰذه الصورة ، وفائدته : أن كسبها يكون لها في الزمن الذي بان أنها كانت فيه حرة قبل الموت .

قال : (**ويصح تدبير مكاتب**) كما يصح تعليق عتقه بعد تدبيره علىٰ صفة ، فإن أدى المال قبل موت السيد . . عتق بالكتابة وبطل التدبير ، وإن لم يؤد حتىٰ مات السيد . . عتق بالتدبير وبطلت الكتابة .

قال : (**وكتابة مدبر**) بناء علىٰ أنه تعليق عتق بصفة ولا يبطل التدبير .

وإن قلنا : إنه وصية . . بطل ، فعلى الأول : يكون مدبراً مكاتباً ، فإن أدى النجوم . . عتق بالكتابة ، وإن مات السيد قبل الأداء . . عتق بالتدبير ، وإن لم يحتمله الثلث . . عتق قدر الثلث وثبتت الكتابة في الباقي ، وقيل : يسأل ، فإن أراد بكتابتها الرجوع . . فالقولان ، وإلا . . فلا قطعاً .

تتمة :

جزم الشيخان بأنه إذا لم يحتمل الثلث جميعه . . عتق الثلث وبقي ما زاد على الكتابة ، فإذا أدىٰ قسطها . . عتق .

وسيأتي بعد هـٰذا أنه إذا دبر عبداً وباقي ماله غائب . . لا يعتق العبد بموته ؛ لاحتمال تلف المال ، وفي ثلثه وجهان : أصحهما : أنه لا يعتق أيضاً ؛ لأن في تنجيز العتق تنفيذاً للتبرع قبل تسلط الورثة على الثلثين .

وقياس هـٰذا ألا يتنجز العتق في شيء من المكاتب ؛ لأن الورثة لم يصل إليهم مثلاه ، لا جرم قال في « المهمات » : فالمذكور هنا مفرع على الوجه الضعيف .

فَصْلٌ :

وَلَدَتْ مُدَبَّرَةٌ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِناً . . لاَ يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ حُكْمُ ٱلتَّدْبِيرِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلَوْ دَبَّرَ حَامِلاً . . ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ ٱلتَّدْبِيرِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . . . .

قال : (**فصل** :

ولدت مدبرة من نكاح أو زناً . . لا يثبت للولد حكم التدبير في الأظهر) ؛ لأنه عقد يقبل الرفع فلا يسري إلى الولد كولد المرهونة والموصىٰ بها ، كذا صححه في « المحرر » ، وجعله في « الروضة » الأظهر عند الأكثرين ، وأقر صاحب « التنبيه » علىٰ تصحيحه .

والثاني : يثبت له ذلك ، حتىٰ لو ماتت وبقي الولد . . عتق بموت السيد ؛ لأن الولد يتبع أمه رقاً وحرية ، وكما يتبع ولد المستولدة والأضحية والهدي ، وهـٰذا صححه في « الشرح الصغير » ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة .

فعلىٰ هـٰذا : إذا لم يف الثلث إلا بأحدهما . . أقرع بينهما .

كل هـٰذا إذا حملت بعد التدبير وانفصل قبل موت السيد ، فإن مات وهو حمل . . عتق معها بلا خلاف كما لو أعتق أمة حاملاً ، كذا قال الرافعي ، وفيه وجه : أن الحمل لا يتبع ، حكاه ابن يونس وابن الرفعة .

وأما ولدها قبل التدبير . . فلا يتبعها بلا خلاف ، فلو انفصل أحد توأمين قبل التدبير والآخر بعده . . فهل هما كالمنفصل قبل التدبير أو بالعكس؟ أو يعطىٰ كل حكمه وهو الأشبه؟ فيه نظر .

وإنما قال المصنف : (لا يثبت) ولم يقل : لا يسري كعبارة « الوجيز » ؛ لأن السراية لا تكون في الأشخاص ، إنما تثبت بالتبعية كالبيع .

قال : (**ولو دبر حاملاً . . ثبت له حكم التدبير على المذهب**) ؛ لأن الجنين بمنزلة عضو من أعضائها وكما يتبعها في العتق والبيع .

وقيل : وجهان : ثانيهما : المنع ، كما لو دبر نصف عبده . . فإنه لا يسري إلى الباقي .

فَإِنْ مَاتَتْ أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا . . دَامَ تَدْبِيرُهُ ، وَقِيلَ : إِنْ رَجَعَ وَهُوَ مُتَّصِلٌ . . فَلاَ ، وَلَوْ دَبَّرَ حَمْلاً . . صَحَّ ، فَإِنْ مَاتَ . . عَتَقَ دُونَ ٱلأُمِّ ، وَإِنْ بَاعَهَا . . صَحَّ وَكَانَ رُجُوعاً عَنْهُ . وَلَوْ وَلَدَتِ ٱلْمُعَلَّقُ عِتْقُهَا . . لَمْ يَعْتِقِ ٱلْوَلَدُ ، . . . .

وعبر المصنف بالثبوت ؛ لأنه ليس علىٰ سبيل السراية كما تقرر ، ويعرف كونه موجوداً عند التدبير بأن تضعه لدون ستة أشهر كما في نظائره .

قال : (**فإن ماتت**) أي : الأم في حياة السيد (**أو رجع في تدبيرها . . دام تدبيره**) كما لو دبر عبدين فمات أحدهما قبل موت السيد أو رجع فيه ، ومراده : إذا رجع في تدبير الأم بالقول وجوزناه . . فينظر ، فإن قال : رجعت في تدبيرها دون الولد . . لم يخف حكمه ، وإن أطلق . . فوجهان :

أحدهما : يتبعها في الرجوع كما يتبعها في التدبير .

والأصح : لا يتبعها كالرجوع بعد الانفصال ، بخلاف التدبير ؛ فإن فيه معنى العتق ، وللعتق قوة .

قال : (**وقيل : إن رجع وهو متصل . . فلا**) أي : لا يدوم تدبيره ، بل يتبعها في الرجوع كما يتبعها في التدبير ، وهـٰذا تفريع علىٰ جواز الرجوع أيضاً .

قال : (**ولو دبر حملاً . . صح**) كما يصح إعتاقه ولا يتعدىٰ إلى الأم .

قال : (**فإن مات**) أي : السيد (**عتق . . دون الأم**) ؛ إذ لا استتباع .

قال : (**وإن باعها**) أي : حاملاً (. . **صح وكان رجوعاً عنه**) كما لو باع المدبر ناسياً للتدبير .

وقيل : إن قصد به الرجوع حصل ، وصح البيع في الحمل والأم ، وإن لم يقصد . . لم يحصل به الرجوع ولا يصح البيع في الولد ويبطل في الأم على الأصح ، والصحيح : حصول الرجوع مطلقاً قصده أم لا .

قال : (**ولو ولدت المعلق عتقها . . لم يعتق الولد**) ؛ لأن ولد المدبرة إنما يتبعها لمشابهتها المستولدة في العتق بموت السيد ، وليس كذلك معلقة العتق بصفة[1] .

---

(١) في (ت) و(د) : (لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يتعد إلى الولد كالرهن والوصية) وهو نسخة في هامش (ز) .

وَفِي قَوْلٍ : إِنْ عَتَقَتْ بِٱلصِّفَةِ . . عَتَقَ . وَلاَ يَتْبَعُ مُدَبَّراً وَلَدُهُ ، وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ قِنٍّ ، وَيَعْتِقُ بِٱلْمَوْتِ مِنَ ٱلثُّلُثِ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ بَعْدَ ٱلدَّيْنِ . . . .

قال : (**وفي قول : إن عتقت بالصفة . . عتق**) المراد : أن الصفة إذا وجدت في الأم وعتقت هي . . يعتق الولد علىٰ هـٰذا القول ، ولو دخل الولد بنفسه . . لم يعتق ، وقال الشيخ أبو محمد : يتعلق عتقه بدخوله في نفسه ، فهو سراية عتق لا سراية تعليق .

فعلىٰ هـٰذا : لا يعتق بدخولها ويعتق بدخوله ، ولو بطل التعليق فيها بأن ماتت . . بطل في حق الولد أيضاً ، وقال ابن الصباغ : الفرق بينه وبين التدبير : أن الشرط دخول الأم الدار ، فإذا فات . . فات ذلك ، والشرط في المدبر موت السيد ، ولم يفت ذلك في حق الولد ، إلا أن يكون علقه بفعل نفسه أو غيرها فيكون كالمدبرة[1] .

ومحل الخلاف : في الحمل الكائن بعد التعليق ، أما الموجود عنده . . فيتبعها قطعاً ، صرح به ابن الصباغ وغيره ، وأجرى المصنف فيه الخلاف في « تصحيحه » .

قال : (**ولا يتبع مدبراً ولده**) ؛ لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية لا الأب ، وكذا في سبب الحرية .

قال : (**وجنايته كجناية قن**) ؛ لثبوت الملك عليه ، ففي العمد يقتص منه ويفوت التدبير ، وفي المال يفديه السيد ، وفي قدر ما يفديه القولان في القن ، وإن سلمه للبيع . . بطل التدبير .

قال الجوهري : (القن) : العبد الذي ملك هو وأبواه ، يستوي فيه الاثنان والجمع والمذكر والمؤنث ، وربما قالوا : عبيد أقنان ، ثم يجمع علىٰ أقنة ، وينشد لجرير [من الرجز] :

. . . . أولاد قـــوم خلقـــوا أقنـــة

قال : (**ويعتق بالموت من الثلث كله أو بعضه بعد الدين**) وهو قول علي وابن عمر وسعيد بن المسيب والزهري والأئمة الثلاثة وإسحاق ؛ لما روى ابن عمر : أن النبي

---

(١) في (ت) : (. . . فيكون كولد أم الولد فيتبعها في العتق لا في الصفة ، فلو ماتت قبل الصفة . . لم يعتق الولد بوجودها) .

وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقاً عَلَىٰ صِفَةٍ تَخْتَصُّ بِٱلْمَرَضِ كَإِنْ دَخَلْتَ فِي مَرَضِ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ . . عَتَقَ مِنَ ٱلثُّلُثِ ، وَإِنِ ٱحْتَمَلَتِ ٱلصِّحَّةَ فَوُجِدَتْ فِي ٱلْمَرَضِ . . فَمِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

صلى الله عليه وسلم قال : « المدبر من الثلث » رواه الشافعي [أم ۱۸/۸] والدارقطني [۱۳۸/٤] وابن ماجه [۲٥۱٤] ، وأطبق الحفاظ علىٰ تصحيح وقفه على ابن عمر ، وأما رفعه . . فلم يصح .

وأيضاً فإنه تبرع يلزم بالموت فيكون من الثلث كالوصية ، والمسألة تقدمت في قول المصنف : (ويعتبر من الثلث عتق علق بالموت) .

وإنما يعتق المدبر بعد الديون ، فإذا كان عليه دين مستغرق للتركة . . لم يعتق منه شيء ، وإن لم يكن دين ولا مال سواه . . عتق ثلثه ، ولو دبر عبداً وباقي أمواله غائب . . لم يعتق ثلثاه ؛ لاحتمال تلف المال ، وكذا ثلثه الأخير في الأصح .

وقد تقدمت الإشارة إلىٰ هـٰذا قريباً ، والحيلة في عتق عبده ـ إذا لم يكن له غيره ـ أن يقول : هو حر قبل مرض موتي بيوم ، وإن مت فجأة . . فقبل موتي بيوم ، فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم . . عتق من رأس المال ، كذا نقله الشيخان عن إبراهيم المروروذي ، وصرح به خلائق منهم القاضي حسين والماوردي والروياني والبغوي ، وجزم به الرافعي أيضاً في (كتاب الوصية) ، وهـٰذه الحيلة تأتي أيضاً في جواز بيع المدبر بالاتفاق بيننا وبين المخالف ، فإذا قال له ذلك وأراد بيعه . . جاز بالإجماع ؛ لأنه معلق العتق بصفة .

قال : (**ولو علق عتقاً علىٰ صفة تختص بالمرض كإن دخلت في مرض موتي فأنت حر . . عتق من الثلث**) كما لو أعتقه حينئذ .

قال : (**وإن احتملت الصحة فوجدت في المرض . . فمن رأس المال في الأظهر**) اعتباراً بحالة التعليق ؛ لأنه لم يكن متهماً بإبطال حق الورثة .

والثاني : من الثلث اعتباراً بوقت وجود الصفة ؛ فإن العتق حينئذ يحصل ، وموضع الخلاف إذا وجدت الصفة بغير اختياره ، فإن وجدت باختياره كدخوله الدار فدخل في مرضه . . اعتبر من الثلث جزماً ، قاله الرافعي تفقهاً ، وبه صرح الماوردي .

وَلَوِ ٱدَّعَىٰ عَبْدُهُ ٱلتَّدْبِيرَ فَأَنْكَرَ . . فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ ، بَلْ يُحَلَّفُ . وَلَوْ وُجِدَ مَعَ مُدَبَّرٍ مَالٌ فَقَالَ : كَسَبْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ ٱلسَّيِّدِ ، وَقَالَ ٱلْوَارِثُ : قَبْلَهُ . . صُدِّقَ ٱلْمُدَبَّرُ بِيَمِينِهِ ، . . . .

هـٰذا إذا كان الحق لثالث ، فإن كان لهما . . فالاعتبار بحالة التعليق بلا خلاف ، حكاه في « التهذيب » .

ومنه : ما لو علقه بصفة فوجدت بعد ما جن أو حجر عليه بسفه . . فإنه يعتق قطعاً ؛ لأن حجر الجنون والسفه ليس لحق أحد ، بخلاف حجر الفلس والمرض ؛ فإنهما لحق الغير .

قال : (**ولو ادعىٰ عبده التدبير فأنكر . . فليس برجوع**) أي : إن لم نجوز الرجوع بالقول ، وكذا إن جوزناه في الأصح ، كما أن جحود الردة لا يكون إسلاماً ، وجحود الطلاق لا يكون رجعة .

والمصنف خالف هـٰذا في « أصل الروضة » في (باب الدعاوىٰ) فجزم بأنه رجوع ، والصواب : الأول ؛ فقد حكاه ابن الصباغ والروياني وغيرهما عن النص ، وفي « التهذيب » وغيره أنه المذهب ، وصححوا في إنكار الوكالة التفصيل بين أن يكون له غرض في الإخفاء أم لا ، ولم يذكروه هنا ، وكلام المصنف صريح في سماع دعوى العبد التدبير علىٰ سيده ، وهو المذهب ؛ لأنه حق ثابت في الحال يجوز تعليق الدعوىٰ به .

قال : (**بل يحلف**) أي : السيد ، وله أن يسقط اليمين عن نفسه بأن يقول : إن كنت دبرته . . فقد رجعت إذا جوزنا الرجوع باللفظ ، وكذا إن قامت بينة وحكم بها حاكم .

قال : (**ولو وجد مع مدبر مال فقال : كسبته بعد موت السيد ، وقال الوارث : قبله . . صدق المدبر بيمينه**) ؛ لأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمان ، ولأن اليد له ، بخلاف ولد المدبرة إذا قالت : ولدته بعد موت السيد . . فإن القول قول الوارث ، خلافاً للشاشي في « الحلية » ؛ لأنها تزعم حريته ، والحر لا يدخل تحت اليد .

قال : (**ولو أقاما بينتين . . قدمت بينته**) ؛ لاعتضادها باليد ، ولو أقام الوارث بينة بأن هٰذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد ، فقال المدبر : كان في يدي لٰكن كان لفلان فملكته بعد موت السيد . . صدق المدبر أيضاً على النص .

تتمة[1] :

تقدم أنه إذا دبر أحد الشريكين نصيبه . . فالمشهور : أنه لا يسري ، ولا يقوم عليه نصيب شريكه ، فإن مات وعتق نصيبه . . لم يسر أيضاً إلىٰ نصيب الشريك ؛ لأن الميت معسر ، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفة فوجدت وهو موسر . . فإنه يسري .

ولو دبر بعض عبده . . صح ولا سراية على المشهور .

* * *

خاتمة

قال لعبده : إذا قرأت القرآن ومت . . فأنت حر ، فإن قرأ جميع القرآن قبل موت سيده . . عتق بموته ، وإن قرأ بعضه . . لم يعتق بموت السيد .

وإن قال : إن قرأت قرآناً ومت فأنت حر ، فقرأ بعض القرآن ومات . . عتق ، والفرق : التعريف والتنكير ، كذا نقله الرافعي عن النص .

والصواب ما قاله الإمام في « المحصول » : أن القرآن يطلق على القليل والكثير ؛

---

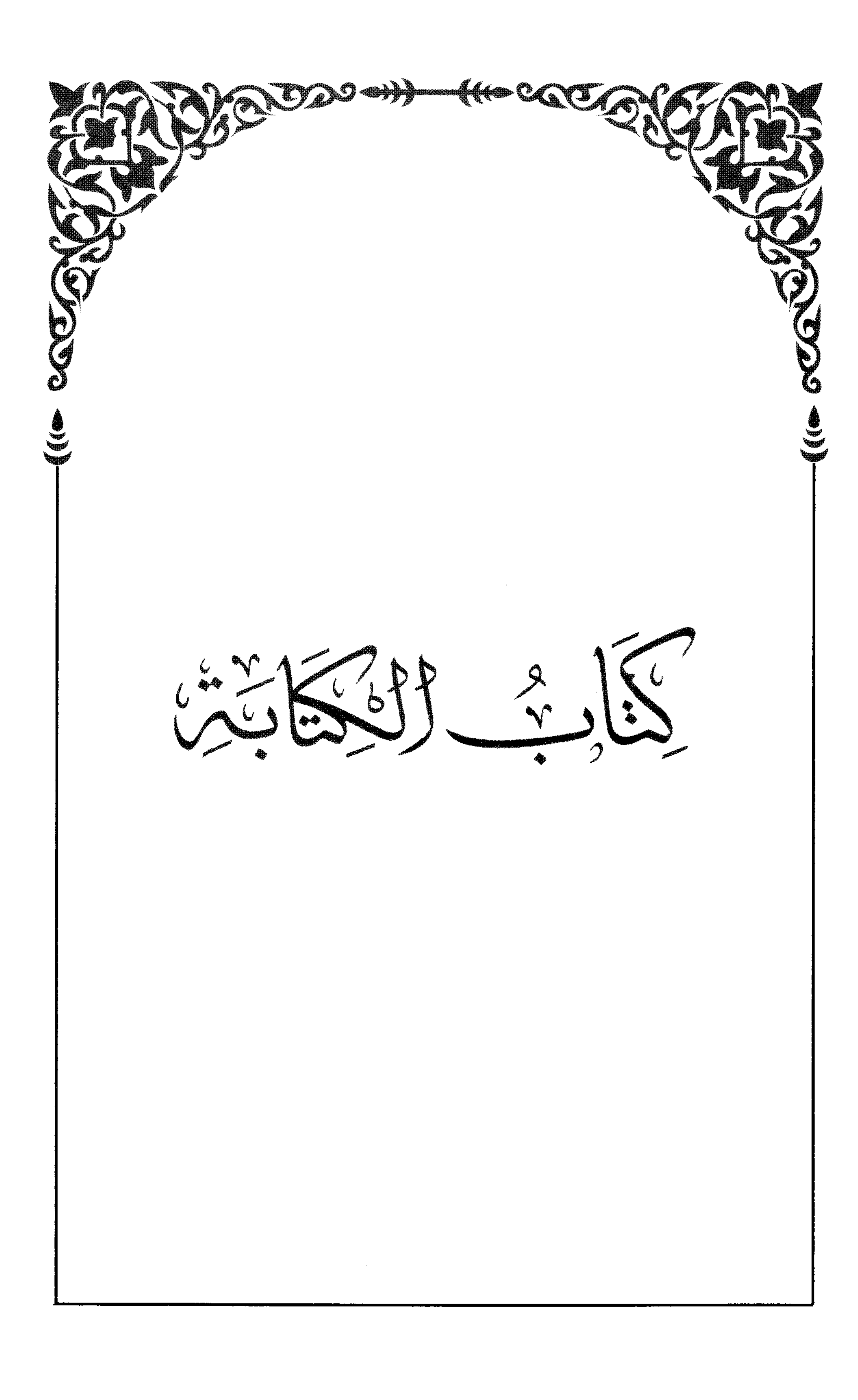
(١) في (ز) و(ص) : (تتمة : إذا تنازع السيد والمستولدة في ولدها هل ولدته قبل موت السيد أو بعده . . فهو علىٰ ما ذكرناه في تنازع السيد والمدبرة ، وإذا قلنا بسراية الكتابة إلى الولد فقالت المكاتبة : ولدته بعد الكتابة ، وقال السيد : بل قبلها . . صدق السيد أيضاً على الأصح ، وقيل : بل المكاتبة ؛ لأنها تثبت لها اليد علىٰ نفسها وولدها ، ولو اختلف السيد والمكاتب في المال . . صدق المكاتب كالمدبر . . .) .

. . . .

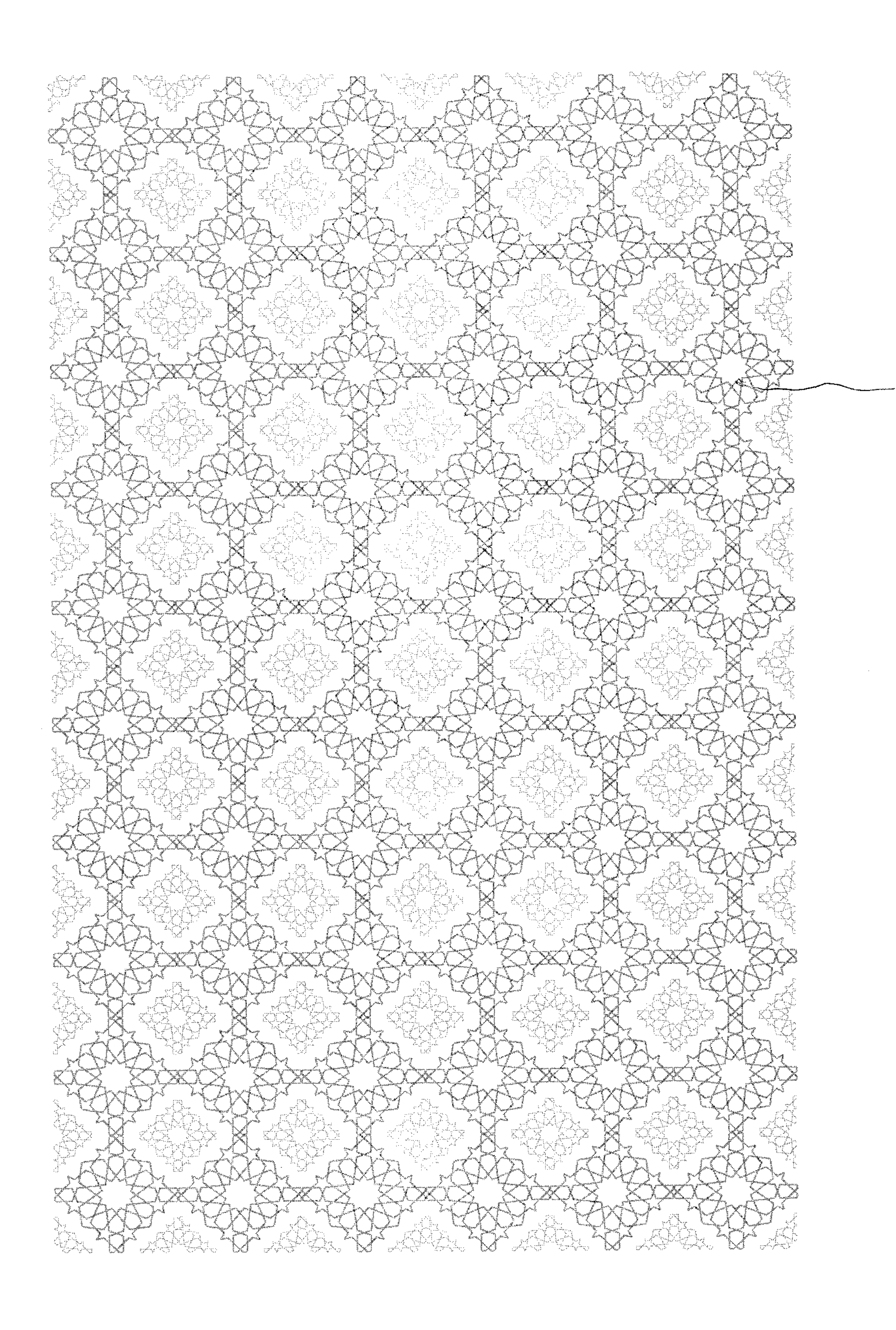
لأنه اسم جنس كالماء والعسل ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ نَحْنُ نَقُصُّ عَلَيْكَ أَحْسَنَ الْقَصَصِ بِمَا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ هَٰذَا الْقُرْءَانَ ﴾ .

وهٰذا الخطاب كان بمكة بالإجماع ؛ لأن السورة مكية ، وبعد ذلك نزل قرآن كثير ، وما نقل عن الشافعي ليس علىٰ هٰذا الوجه ؛ فإن القرآن بالهمز عند الشافعي يقع على الكثير والقليل ، والقران بغير همز ، عنده اسم للجميع ، كذا أفاده البغوي في تفسير (سورة البقرة) ، ولغة الشافعي بغير همز ، والواقف علىٰ كلام الشافعي يظنه مهموزاً وإنما نطق في ذلك بلغته المألوفة له لا بغيرها ، وبهٰذا اتضح الإشكال وأجيب عن السؤال .

* * *



كِتَابُ الكِتَابَةِ



كِتَابُ ٱلْكِتَابَةِ

هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إِنْ طَلَبَهَا رَقِيقٌ أَمِينٌ قَوِيٌّ عَلَىٰ كَسْبٍ ، . . . .

كتاب الكتابة

الأشهر في كافها الكسر ، وهي : تعليق عتق بصفة تضمنت معاوضة منجمة ، ولفظها إسلامي لا يعرف في الجاهلية ، وهي معدولة عن القياس ؛ لأنها بيع ماله بماله ، سميت كتابة للعرف الجاري بكتابة ذلك في كتاب توثقة .

وقيل : مشتقة من الكتب وهو الضم ؛ إذ فيها ضم نجم إلىٰ نجم .

والنجم : الوقت الذي يحل فيه نجم مال الكتابة ، سميت بذلك لأن العرب ما كانت تعرف الحساب والكتابة ، وإنما تعرف الأوقات بالنجوم ، وهي ثمانية وعشرون نجماً منازل القمر ، فسميت باسمها مجازاً .

قيل : وأول من كوتب عبد لعمر يقال له : أبو أمية .

والأصل فيها : قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ أنزلت في صبيح ـ بضم الصاد ـ مولىٰ حويطب بن عبد العزىٰ جد محمد بن إسحاق من قبل أمه .

وروى الحاكم [٢/٩٩] وغيره : أن النبي صلى الله عليه وسلم : « قال من أعان مكاتباً في فك رقبته . . أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله » .

وانعقد الإجماع علىٰ جوازها .

قال : (**هي مستحبة إن طلبها رقيق أمين قوي علىٰ كسب**) ؛ إذ بهـٰذين الوصفين فسر الشافعي الخير في الآية ، فإن الخير ورد بمعنى المال في قوله : ﴿ إِن تَرَكَ خَيْرًا ﴾ ﴿ وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾ وبمعنى العمل في قوله : ﴿ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ﴾ فحمل هنا عليهما ؛ لجواز إرادتهما ولتوقف المقصود عليهما ؛ لأن غير الكسوب عاجز عن الأداء ، وغير الأمين لا يوثق به .

قِيلَ : أَوْ غَيْرُ قَوِيٍّ ، وَلاَ تُكْرَهُ بِحَالٍ ، وَصِيغَتُهَا : كَاتَبْتُكَ عَلَىٰ كَذَا مُنَجَّماً إِذَا أَدَّيْتَهُ . . فَأَنْتَ حُرٌّ ، وَيُبَيِّنُ عَدَدَ ٱلنُّجُومِ وَقِسْطَ كُلِّ نَجْمٍ . وَلَوْ تَرَكَ لَفْظَ ٱلتَّعْلِيقِ وَنَوَاهُ . . جَازَ ، . . . .

وقال عطاء وعمرو بن دينار وداوود : تجب كتابة من جمع القوة والأمانة .

قال : (**قيل : أو غير قوي**) ؛ لأنه إذا عرفت أمانته . . أعين بالصدقات ليعتق ، وفيما إذا كان غير أمين وجه أيضاً ، لـٰكنه دون الاستحباب فيما إذا اجتمع الشرطان ، خلافاً لابن القطان .

قال : (**ولا تكره بحال**) وإن انتفى الوصفان ؛ لأنها تفضي إلى العتق .

قلت : ينبغي أن يستثنىٰ من ذلك غير الكسوب ؛ لما روىٰ أبو داوود [سيل ١٨٥] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن كتابة من لا كسب له) ؛ لئلا يكون كلاًّ على الناس .

وحكىٰ صاحب « التلخيص » قولاً بوجوبها إذا طلبها العبد ؛ لظاهر الآية ، وبه قال عطاء وعمرو بن دينار ومحمد بن جرير وأهل الظاهر .

وقطع الجمهور بالندب(١) ، وحملوا الآية علىٰ بيان الرخصة ؛ فإن بيع الرجل ماله بماله محظور .

قال : (**وصيغتها : كاتبتك علىٰ كذا منجماً إذا أديته . . فأنت حر ، ويبين عدد النجوم وقسط كل نجم**) ؛ صوناً له عن الجهالة ، وأشار المصنف بهـٰذه الجملة إلىٰ أركانها الأربعة : الصيغة ، والعوض ، والمكاتَب ، والمكاتِب ، وسواء اشترط التساوي في النجمين أو التفاضل ، وقيل : يصح الإطلاق ويحمل على التسوية ، ولا يشترط على الصحيح تعيين ابتداء النجوم ، بل يكفي الإطلاق ويكون ابتداؤها من العقد ، ويشترط العلم بجنس النجمين وقدرهما وصفتهما ، وإشارة الأخرس كعبارته .

قال : (**ولو ترك لفظ التعليق ونواه . . جاز**) ؛ لحصول المقصود ، وهـٰذا

---

(١) في هامش (د) : (الأمر بعد الحظر محمول على الاستحباب ، والحظر هو بيع الرجل ماله بماله) .

وَلاَ يَكْفِي لَفْظُ كِتَابَةٍ بِلاَ تَعْلِيقٍ ، وَلاَ نِيَّةٍ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَيَقُولُ ٱلْمُكَاتَبُ : قَبِلْتُ ، ....

لاخلاف فيه ، ووقع في « تصحيح التنبيه » حكاية خلاف فيه ، ولا صحة له ، ولم يخرجوه على الخلاف في انعقاد البيع بالكتابة .

وسببه : أن المقصود هنا العتق ، وهو يقع بالكتابة مع النية جزماً ؛ لاستقلال المخاطب بها ، فكان النظر إلىٰ مقصود العتق لا إلىٰ صورته .

ومراده بـ(التعليق) تعليق الحرية على الأداء ، وفي تسميته تعليقاً تجوز ، إنما هو تعبير عن مقصود الكتابة وما لها .

كل هـٰذا في الكتابة الصحيحة ، أما الفاسدة . . فلا بد من التصريح بقوله : فإذا أديت . . فأنت حر كما قاله القاضي حسين وغيره .

قال : (**ولا يكفي لفظ كتابة بلا تعليق ، ولا نية على المذهب**) ؛ لأن الكتابة تقع علىٰ هـٰذا العقد وعلى المخارجة كما تقدم ، فلا بد من تمييزه باللفظ أو النية .

وفيه قول مخرج من التدبير ، وتقدم هناك قول آخر : إنه يصح من الفقيه دون غيره .

قال : (**ويقول المكاتب : قبلت**) ؛ لينتظم العقد بالإيجاب والقبول ، ويشترط القبول على الفور كالبيع ، ولا يغني عن القبول التعليق بالأداء ، بخلاف تعليق الطلاق على الإعطاء ؛ للحاجة إلى استقلاله بالأكساب ، ليؤدي النجوم ، بخلاف الطلاق .

وعبارة « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » : ويقول العبد : قبلت ، وهي أحسن ؛ لأنه قبل الكتابة من السيد عبد .

فرع :

قبل الكتابة من السيد أجنبي علىٰ أن يؤدي عن العبد كذا في نجمين ، فإذا أداهما فهو حر . . فوجهان :

أحدهما : تصح كخلع الأجنبي .

والثاني : لا ، وصححه المصنف في زوائد « الروضة » ؛ لمخالفة موضوع

وَشَرْطُهُمَا : تَكْلِيفٌ وَإِطْلَاقٌ . وَكِتَابَةُ ٱلْمَرِيضِ مِنَ ٱلثُّلُثِ ، . . . .

الباب ، فعلىٰ هٰذا : يجب كون القبول من العبد ، لٰكن إذا أدى الأجنبي . . عتق بالصفة ، ويتراجعان .

قال : (**وشرطهما : تكليف**) فلا يكاتب الصبي ولا المجنون ؛ لسلب عبارتهما ، ولا يكاتَبان أيضاً ، ولا أثر لإذن الولي للصبي والمجنون في ذلك ، وليس للولي أن يكاتب عبد موليه بلا خلاف .

وقوله : (تكليف) قد يفهم أنه لا تصح كتابة السكران العاصي بسكره ؛ لأنه يرىٰ أنه غير مكلف ، والمذهب : أنه مكلف وأنه تصح تصرفاته .

ولا فرق في ذلك بين أن يكون مسلماً أو كافراً ، ذمياً كان أو مستأمناً أو حربياً ، كتابياً أو مجوسياً ؛ لأن سيد سلمان لما كاتبه كان يهودياً كما رواه البيهقي [١٠/ ٣٤٠] وغيره .

وسيأتي أنه لا تصح كتابة عبد مرهون ولا مستأجر ، وتصح كتابة معلق العتق بالصفة والمدبر والمستولدة ، لٰكن اشتراط التكليف في العبد إنما يكون إذا صدرت المكاتبة معه ، فإن صدرت عليه تبعاً . . فلا ؛ لما سيأتي أن ولد المكاتب مكاتب .

قال : (**وإطلاق**)(١) هٰذا شرط في السيد ، فلا تصح كتابة المحجور عليه بسفه كبيعه ، وكذا بفلس على النص في « الأم » ، ولا تصح مكاتبة المكاتب عبده وإن أذن له السيد ، ونص الشافعي والأصحاب على اعتبار البلوغ والعقل في العبد لا غير .

فتصح كتابة العبد السفيه ، ويشترط فيهما أيضاً الاختيار ، فلا تصح من مكره واشترط في « الإبانة » أن يكون السيد بصيراً ، بخلاف العبد ، وهو حسن ، وإذا كاتب السيد المطلق التصرف عبده الصبي أو المجنون . . لم يثبت لهٰذا العقد حكم الكتابة الفاسدة ؛ لأن قولهما لغو ، لٰكن إذا أديا المال . . عتقا بحكم الصيغة دون العقد ، ولا يرجع السيد عليهما بشيء .

قال : (**وكتابة المريض**) أي : مرض الموت (**من الثلث**) ، سواء كاتبه بمثل قيمته أو بما فوقها أو بما دونها ؛ لأن كسبه له .

---

(١) في هامش (ص) : (كان يمكن للمصنف الاستغناء بالإطلاق عن التكليف) .

فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلاَهُ . . صَحَّتْ كِتَابَةُ كُلِّهِ ، فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهُ وَأَدَّىٰ فِي حَيَاتِهِ مِئَتَيْنِ وَقِيمَتُهُ مِئَةٌ . . عَتَقَ ، وَإِنْ أَدَّىٰ مِئَةً . . عَتَقَ ثُلُثَاهُ . وَلَوْ كَاتَبَ مُرْتَدٌّ . . بُنِيَ عَلَىٰ أَقْوَالِ مِلْكِهِ ، . . . .

قال : (**فإن كان له مثلاه**) أي : عند الموت (. . **صحت كتابة كله**) ؛ لخروجه من الثلث .

قال : (**فإن لم يملك غيره وأدىٰ في حياته مئتين**) أي : وكان كاتبه عليهما (**وقيمته مئة . . عتق**) ؛ لأنه يبقىٰ للورثة مثلاه .

قال : (**وإن أدىٰ مئة**) أي : وكان كاتبه عليها (. . **عتق ثلثاه**) ؛ لأنه إذا أخذ مئة وقيمته مئة . . فالجملة مئتان ، فينفذ التبرع في ثلث المئتين .

واحترز بقوله : (وأدىٰ) عما إذا لم يؤد شيئاً حتىٰ مات السيد . . فتستقر الكتابة في ثلثه .

ولا يتخرج علىٰ كتابة بعض العبد ؛ لأن ذاك ابتداء الكتابة ، وهنا وردت الكتابة على الجميع ثم دعت الحاجة إلى الإبطال في البعض ، أما إذا لم يؤد في حياة السيد شيئاً والصورة أنه لا يملك غيره[1] ، ولم يجز الورثة الزائد . . فثلثه مكاتب ، فإذا أدىٰ حصته من النجوم . . عتق .

وهل يزاد في الكتابة بقدر نصف ما أدىٰ وهو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل القيمة؟ وجهان :

أصحهما : لا ؛ لأن الكتابة بطلت في الثلثين فلا تعود .

والثاني : نعم ، كما لو ظهر للميت دين أو نصب شبكة في الحياة فتعلق بها صيد بعد الموت . . فإنه يزاد في الكتابة .

قال : (**ولو كاتب[2] مرتد . . بُنِيَ علىٰ أقوال ملكه**) ، فإن قلنا بالزوال . . فباطلة ، أو بالبقاء . . فصحيحة ، أو بالوقف . . فموقوفة ، وهـٰذه طريقة « المحرر » فتبعها المصنف فلذلك قال :

---

(١) في النسخ : (أنه يملك غيره) ، والتصويب من هامش (ز) .

(٢) في هامش (ز) : (تقدم في « كتاب الردة » ما فيه) .

فَإِنْ وَقَفْنَاهُ.. بَطَلَتْ عَلَى ٱلْجَدِيدِ . وَلاَ تَصِحُّ كِتَابَةُ مَرْهُونٍ وَمُكْرًى ، . . . . . .

(**فإن وقفناه.. بطلت على الجديد**) ، وهو إبطال وقف العقود ، وملخص ما في المسألة خمسة أوجه منصوصة ومخرجة :

أظهرها : البطلان .

والثاني : الصحة .

والثالث : الوقف علىٰ إسلامه .

والرابع : يصح قبل الحجر عليه .

والخامس : يصح قبل أن يضرب عليه حجر إما بنفس الردة وإما بضرب القاضي .

والأشبه : أن محل الطرق ما إذا لم يحجر الحاكم عليه وقلنا : لا يحصل الحجر بنفس الردة ، فأما إذا كان في حال الحجر.. فلا تصح الكتابة بلا خلاف ، والمسألة تقدمت في الكتاب في آخر (الردة) ، وإنما ذكر قول الوقف بناء على اختياره أنه الأصح من الأقوال ، لـٰكن تقدم هناك أن المذهب زوال ملكه بنفس الردة .

ولا يخفىٰ أن هـٰذا بالنسبة إلى السيد ، أما العبد المرتد.. فتصح كتابته على النص ، وقطع به الأصحاب ، وقاسوه علىٰ بيعه ، لـٰكن سبق فيه وجه ينبغي مجيئه هنا ، ثم إن أدى النجوم من كسبه أو تبرع عنه.. عتق ، وإن لم يؤدها وأسلم.. بقي مكاتباً .

قال : (**ولا تصح كتابة مرهون**) ، لأنه بعقد الرهن معرض للبيع والكتابة تمنع منه فتنافيا .

قال : (**ومكرىً**) ؛ لأن منافعه مستحقة للمستأجر ، ولو صحت.. لاقتضت تسليطه على الاكتساب وملك منافعه ، هـٰذا الذي عليه الجمهور ، ونص عليه في « الأم » .

وفيه وجه حكاه الرافعي في بابه ، ولا تصح كتابة المغصوب أيضاً ، قاله في « البيان » .

وعلم من التمثيل بـ(المكرىٰ) : أن الموصىٰ بمنفعته أولىٰ منه بالمنع ، وهو الأصح في (باب الوصية) من « الرافعي » ، قال ابن الرفعة : هـٰذا فيمن أبدت منفعته

وَشَرْطُ ٱلْعِوَضِ : كَوْنُهُ دَيْناً مُؤَجَّلاً وَلَوْ مَنْفَعَةً ، وَمُنَجَّماً بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرَ ، . . . . .

بالوصية ، أما من أوصي بمنفعته مدة . . فهو كالمستأجر . اهـ

ويظهر أن يفرق فيها بين المدة القريبة والبعيدة ، ولم يتعرضوا له .

قال : (**وشرط العوض : كونه ديناً**) ؛ ليلتزمه في الذمة ثم يحصله فيؤديه ، سواء كان نقداً أو عوضاً موصوفاً ، أما الأعيان . . فإنه لا يملكها حتىٰ يورد العقد عليها .

قال : (**مؤجلاً**) فلا يصح بالحال ؛ لأن ذلك هو المأثور عن الصحابة فمن بعدهم عملاً وقولاً ، ولأنه عاجز في الحال فيكون كالسلم فيما لا يوجد عند محله .

وأجاز مالك وأبو حنيفة وغيرهما الحلول ، واختاره الروياني في « الحلية » ، وابن عبد السلام ، وكان يمكن المصنف الاستغناء بالأجل عن الدينية ؛ لأن الأعيان لا تقبل التأجيل ، وقد اعترض به الرافعي علىٰ « الوجيز » ، ثم وقع فيه في « المحرر » ، وأجاب ابن الصلاح بأن دلالة الالتزام لا تكفي فيها المخاطبات ، وهـٰذان وصفان مقصودان .

قال : (**ولو منفعة**) كخياطة وبناء ونسخ معلومات ونحوها ، كما يجوز أن تجعل المنافع ثمناً وأجرة ، فإن كاتبه علىٰ عملين ولم يذكر مالاً . . لم يجز .

فلو صرح فقال : خدمة المحرم نجماً وخدمة صفر نجماً . . لم يصح أيضاً على الأصح المنصوص .

واقتضىٰ كلام المصنف اشتراط تأجيل المنفعة ، وليست كذلك ، بل إن كانت منفعة عين . . امتنع فيها التأجيل ، واشترط اتصالها بالعقد ، وإن كانت ملتزمة في الذمة . . جاز فيها التأجيل والتعجيل .

قال : (**ومنجماً بنجمين فأكثر**) ؛ لاشتهار ذلك عن الصحابة فمن بعدهم .

يروىٰ : أن عثمان رضي الله عنه غضب علىٰ عبد فقال له : لا عاقبتك ولا كاتبتك علىٰ نجمين ، رواه البيهقي [١٠/٣٢٠] .

وروي عنه وعن عمر أنهما قالا : الكتابة علىٰ نجمين ، ورواه الشافعي عن علي أيضاً .

قال الماسرجسي : رأيت أبا إسحاق في مجلس النظر قرر ذلك وقال : كانت

وَقِيلَ : إِنْ مَلَكَ بَعْضَهُ وَبَاقِيهِ حُرٌّ . . لَمْ يُشْتَرَطْ أَجَلٌ وَتَنْجِيمٌ . وَلَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ عِنْدَ ٱنْقِضَائِهِ . . صَحَّتْ ، . . . .

الصحابة يسارعون إلى القربات والطاعات ، فلو جازت الكتابة علىٰ نجم واحد . . لبادروا إليها ، ولأنها مشتقة من ضم النجوم بعضها إلىٰ بعض ، وأقل ما يحصل به الضم نجمان .

وقال أبو حنيفة ومالك : تصح علىٰ نجم واحد ، قال في « شرح مسلم » : وهو قول جمهور أهل العلم ، وقال ابن عبد السلام : إنه أقرب إلىٰ تحصيل المقصود من العقد .

وإطلاق المصنف وغيره يقتضي : أنه لو جعل محل النجم الأول آخر الشهر والثاني أول الذي يليه . . صح ، وفيها وجهان ، وجه المنع : أن الاتصال يجعلهما كالنجم الواحد .

ويشمل إطلاقه الأجل القريب كما لو كاتبه علىٰ مال عظيم إلىٰ ساعتين وهو الأصح[1] ؛ لأنه ربما قدر علىٰ تسليمه باستقراض ونحوه .

قال : (**وقيل : إن ملك بعضه وباقيه حر . . لم يشترط أجل وتنجيم**) ؛ لأنه قد يملك ببعضه الحر ما يؤديه ، فلا يتحقق العجز في الحال ، وقال في « البحر » : إنه القياس ، والأصح : المنع ؛ لأنه بعيد كما سبق .

قال : (**ولو كاتب علىٰ خدمة شهر**) أي : من الآن (**ودينار عند انقضائه . . صحت**) ؛ لأن المنفعة مستحقة في الحال ، والمدة لتقديرها والتوفية فيها ، والدينار إنما تستحق المطالبة به بعد انقضاء الشهر ، وإذا اختلف الاستحقاق . . حصل التنجيم .

ولا بأس بكون المنفعة حالة ؛ لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة ، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال ، بخلاف ما إذا كاتب علىٰ دينارين أحدهما حال والآخر مؤجل ، وبهٰذا يتبين أن الأجل وإن أطلقوا اشتراطه . . فليس ذلك بشرط في المنفعة التي يقدر على الشروع فيها في الحال ، ويدل لهٰذه الجملة ما رواه البيهقي [١٠/٣٢٢]

---

(١) في (ز) : (وهو الأرجح) .

أَوْ عَلَىٰ أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا . . فَسَدَتْ ، . . . .

عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « كاتب يا سلمان » قال : فكاتبت أهلي علىٰ ثلاث مئة ودية أغرسها ، وأربعين أوقية ، فأعانني أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم بالودي ، ثم انطلق معي النبي صلى الله عليه وسلم فكنا نحمل له الودي ويضعه بيده ويسوي عليها ، فأطعم النخل كله في سنته ـ وفي رواية [هق ١٠/٣٢١] : إلا نخلة واحدة غرسها عمر ، فنزعها النبي صلى الله عليه وسلم وغرسها بيده فأطعمت في سنتها ـ قال : وبقيت الدراهم ، فأتاه رجل من بعض المعادن بمثل البيضة من الذهب فدعاني وقال : « خذ هـٰذه يا سلمان » فقلت : أنىٰ تبلغ هـٰذه مما علي؟! فقال : « إن الله سيؤدي عنك » فوالذي نفس محمد بيده! لقد وزنت منها أربعين أوقية وعتقت .

وفي مسألة الكتاب وجه أو قول مخرج : أنه لا يجوز ؛ لأن استحقاق الدينار يتصل بالفراغ من الخدمة فيصيران كالنجم الواحد ، ويحكىٰ هـٰذا عن اختيار أبي الطيب بن سلمة والطبري والقاضي أبي حامد .

ومحل الجزم بالصحة : إذا قال : علي خدمة شهر ودينار بعد انقضائه بيوم أو شهر ، فلو عكس فقدم تحمل المال علىٰ نجم العمل . . لم يجز ، وإذا مرض في الشهر المذكور وفاتت الخدمة . . انفسخت الكتابة في قدر الخدمة ، وأما في الباقي . . فهو كما لو باع عبدين فتلف أحدهما قبل القبض ، ففي الباقي طريقان تقدما في بابه .

تنبيه :

إنما قال المصنف : (عند انقضائه) ليفهم أنه لو قال : بعد انقضائه بيوم أو يومين مثلاً . . أنه يصح من باب أولىٰ ، وأطلق الخدمة ليعلم أنه لا يشترط بيان عملها وتلزمه خدمة مثله وهو المذهب ، وشرط البغوي بيان ذلك ، ونقله الشيخان في (كتاب الإجارة) عن النص .

قال : (**أو علىٰ أن يبيعه كذا . . فسدت**) وكذا علىٰ أن يشتري منه كذا ؛ لأنه من قبيل إدخال بيعتين في بيعة ، ولو قال : على ابتياع كذا . . كان أحسن ؛ لشمول الطرفين .

وَلَوْ قَالَ : كَاتَبْتُكَ وَبِعْتُكَ هَـٰذَا ٱلثَّوْبَ بِأَلْفٍ ، وَنَجَّمَ ٱلأَلْفَ وَعَلَّقَ ٱلْحُرِّيَّةَ بِأَدَائِهِ . . فَٱلْمَذْهَبُ : صِحَّةُ ٱلْكِتَابَةِ دُونَ ٱلْبَيْعِ . وَلَوْ كَاتَبَ عَبِيداً عَلَىٰ عِوَضٍ مُنَجَّمٍ وَعَلَّقَ عِتْقَهُمْ بِأَدَائِهِ . . فَٱلْمَنْصُوصُ : صِحَّتُهَا ، وَيُوَزَّعُ عَلَىٰ قِيمَتِهِمْ يَوْمَ ٱلْكِتَابَةِ ؛

قال : (**ولو قال : كاتبتك وبعتك هـٰذا الثوب بألف ، ونجم الألف وعلق الحرية بأدائه . . فالمذهب : صحة الكتابة دون البيع**) ؛ لتقدم أحد شقيه علىٰ مصير العبد من أهل مبايعة السيد .

والمراد : أن العبد قبل العقدين إما معاً كقبلتهما ، أو مرتباً كقبلت الكتابة والبيع أو البيع والكتابة .

والطريقة المشهورة بطلان البيع ، وفي الكتابة قولا تفريق الصفقة ؛ لأنه جمع في الصفقة الواحدة بين ما يجوز وما لا يجوز ، والأظهر الصحة .

والطريقة الثانية : تخريجها على القولين فيمن جمع بين عقدين مختلفي الحكم . . ففي قول : يصحان ، وفي آخر : يبطلان ، فإن صححنا الكتابة ـ وهو الأظهر ـ صحت بالقسط ويوزع .

قال : (**ولو كاتب عبيداً علىٰ عوض منجم وعلق عتقهم بأدائه**) كما إذا قال : كاتبتكم علىٰ ألف إلىٰ وقتي كذا وكذا ، فإذا أديتم . . فأنتم أحرار .

قال : (. . **فالمنصوص : صحتها**) ؛ لتشوف الشارع إلى العتق ، ولأن مالك العوضين واحد ، والصادر منهما لفظ واحد ، فصار كما لو باع عبدين من واحد ، والنص فيما إذا اشترىٰ ثلاثة أعبد كل واحد منهم لواحد من ملاكهم : أن البيع باطل .

ولو خالع نسوة علىٰ عوض واحد ، أو نكح نسوة علىٰ صداق واحد . . ففي صحة المسمىٰ قولان سبقا في (كتاب الصداق) عند ذكر المصنف المسألة ، فيقابل النص قول مخرج من بيع العبيد الثلاثة .

والأصح : طرد قولين فيهما ، وكان ينبغي للمصنف أن يقول : ولو كاتب عبدين فصاعداً ؛ لأن الاثنين كذلك ، وأن يقول بعوض واحد ، فإن تعدد . . صح بلا خلاف .

قال : (**ويوزع**) أي : الثمن المسمىٰ (**علىٰ قيمتهم يوم الكتابة**) فإذا كانت قيمة

فَمَنْ أَدَّىٰ حِصَّتَهُ . . عَتَقَ ، وَمَنْ عَجَزَ . . رَقَّ . وَتَصِحُّ كِتَابَةُ بَعْضِ مَنْ بَاقِيهِ حُرٌّ ، فَلَوْ كَاتَبَ كُلَّهُ . . صَحَّ فِي ٱلرِّقِّ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَلَوْ كَاتَبَ بَعْضَ رَقِيقٍ . . فَسَدَتْ إِنْ كَانَ بَاقِيهِ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَأْذَنْ ، . . . .

أحدهم مئة . . والآخر مئتين والآخر ثلاث مئة . . فعلىٰ الأول سدس الكتابة وعلى الثاني ثلثها وعلى الثالث نصفها ، وقيل : علىٰ عدد رؤوسهم .

وإنما اعتبر يوم الكتابة ؛ لأنه وقت الحيلولة بين السيد وبينهم .

قال : (**فمن أدىٰ حصته . . عتق ، ومن عجز . . رق**) ولا يتوقف عتق من أدىٰ علىٰ أداء غيره ، بل يعتق من أدىٰ ، وإن عجز غيره أو مات . . فإنه يموت رقيقاً ، ولا يقال : علق بأدائهم ؛ لأن المكاتبة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة ، ولا خلاف عندنا أنه لا يتحمل بعضهم عن بعض شيئاً .

وقال أبو حنيفة ومالك : يلزم كل واحد منهم ضمان ما على الآخر ؛ لأن كتابتهم واحدة فاشتركوا في التزامها وضمان مالها ، وصار كل واحد منهم مأخوذاً بجميع مالها ، ورد بأن الاجتماع على الكتابة كالاجتماع على الابتياع ، فلما لم يلزم الضمان في الاجتماع على الابتياع . . لم يلزم في الاجتماع على الكتابة .

قال : (**وتصح كتابة بعض من باقيه حر**) ؛ لأنها تفيده الاستقلال باستغراقها ما رق منه ، لـٰكن عبارته تشمل ما إذا أوصىٰ بكتابة عبد فلم يخرج من الثلث إلا بعضه ولم يجز الورثة ، والأصح : أنه مكاتب ذلك القدر كما ذكره الرافعي في الحكم الثالث .

قال : (**فلو كاتب كله**) أي : وهو حر البعض ، سواء كان عالماً بحرية بعضه ، أو اعتقد رق جميعه فبان حر البعض .

قال : (. . **صح في الرق في الأظهر**) هو الخلاف في تفريق الصفقة .

قال : (**ولو كاتب بعض رقيق . . فسدت إن كان باقيه لغيره ولم يأذن**) ؛ لعدم الاستقلال ، وفي وجه : تصح وإن لم يأذن كما ينفرد أحد الشريكين بالإعتاق والتدبير والتعليق .

وقال في « الدقائق » : قولي : (فسدت) هو مراد « المحرر » بقوله : فالكتابة باطلة ، قال : والباطل والفاسد في العقود عندنا سواء في الحكم إلا في مواضع منها :

الحج والعارية والخلع والكتابة ، فتجوز « المحرر » في تسميتها باطلة ، ومراده : أنها فاسدة تترتب عليها أحكام الفساد في العتق بالصفة وغيره لا أنها باطلة حقيقة ، ولم يذكر المصنف صور الأربعة .

أما تصوير الكتابة والخلع . . فواضح بأن الباطل منهما ما كان علىٰ عوض غير مقصود كالدم ، أو رجع إلىٰ خلل في العاقد كالصغر والسفه ، والفاسد خلافه .

وحكم الباطل : أنه لا يترتب عليه شيء ، والفاسد يترتب عليه العتق والطلاق ، ويرجع الزوج بالمهر والسيد بالقيمة .

وأما الحج . . فيبطل بالردة ويفسد بالجماع ، وحكم الباطل أنه لا يجب قضاؤه ولا المضي فيه ، بخلاف الفاسد .

وأما العارية . . فتتصور في إعارة الدراهم والدنانير ، فلو أبطلناها . . كانت مضمونة عند العراقيين ؛ لأنها إعارة فاسدة ، وفي طريقة المراوزة أنها غير مضمونة ؛ لأنها غير قابلة للإعارة فهي باطلة .

ومنع في « المهمات » وغيرها الحصر في الأربعة المذكورة وقال : بل يتصور الفرق أيضاً في كل عقد صحيح غير مضمون كالإجارة والهبة وغيرهما ؛ فإنه لو صدر من سفيه أو صبي وتلفت العين في يد المستأجر والمتهب . . وجب الضمان ، ولو كان فاسداً . . لم يجب ضمانها ؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه .

قال : (**وكذا إن أذن أو كان له على المذهب**) ؛ لأن المكاتب يحتاج إلىٰ تردد سفراً وحضراً لاكتساب النجوم ، ولا يستقل بذلك إذا كان بعضه رقيقاً فلا يحصل له مقصود الكتابة ، وأيضاً فلا يمكن صرف سهم المكاتبين إليه ؛ لأن الصدقة لا تصرف إلىٰ من نصفه رقيق ونصفه حر .

وحاصل الخلاف في المسألتين طريقان : أصحهما : قولان :

أظهرهما : المنع .

ووجه مقابله : أنه يستقل في البعض المكاتب عليه ، وإذا جاز إفراد البعض بالإعتاق . . جاز إفراده بالعقد المفضي إلى العتق ، وبهٰذا قال أبو حنيفة .

وَلَوْ كَاتَبَاهُ مَعاً أَوْ وَكَّلاَ . . صَحَّ إِنِ ٱتَّفَقَتِ ٱلنُّجُومُ وَجُعِلَ ٱلْمَالُ عَلَىٰ نِسْبَةِ مِلْكَيْهِمَا ، . . . .

فإن قلنا بالفساد . . عتق بالأداء وتراجعا إلا بقسط السراية .

وإن قلنا بالصحة وبينهما مهايأة فأدىٰ من كسبه في نوبته . . عتق وسرىٰ عليه .

وإن لم يكن فكسب ما يفي بقسط السيد والنجوم وأداه . . عتق ، وإن لم يكسب إلا قدر النجوم . . ففي العتق خلاف ، وقياس نظيره عدم العتق .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف الفساد في كتابة البعض صور :

منها : إذا أوصىٰ بكتابة عبد فلم يخرج من الثلث إلا بعضه ولم يجز الورثة . . فالأصح أنه مكاتب ذلك القدر .

ومنها : إذا أوصىٰ بكتابة بعض عبده . . جزم البغوي في « تعليقه » بالصحة ، ونقله المروروذي عن النص .

ومنها : ما ذكره الماوردي أنه لو كاتب في مرض موته بعض عبده وذلك البعض ثلث ماله . . صح قولاً واحداً .

ومنها : لو كان بعضه موقوفاً علىٰ خدمة مسجد ونحوه من الجهات العامة وباقيه رقيق ، فكاتبه مالك بعضه . . فيشبه أن يصح علىٰ قولنا : الملك في الوقف ينتقل إلى الله تعالىٰ .

واستثنىٰ صاحب « الخصال » : إذا مات رجل عن ابنين فأقر أحدهما بالكتابة . . فيكون نصيبه مكاتباً .

وفي استثناء هـٰذه الصورة نظر ، ومثله : لو ادعى العبد علىٰ سيديه أنهما كاتباه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر .

قال : (**ولو كاتباه معاً أو وكلا . . صح إن اتفقت النجوم وجعل المال علىٰ نسبة ملكيهما**) ؛ لئلا يؤدي إلى انتفاع أحدهما بملك الآخر .

والمراد بـ(اتفاق النجوم) : جنساً وأجلاً وعدداً .

فإن اختلف الجنس أو قدر الأجل أو العدد أو شرطا التساوي في النجوم مع التفاوت

فَلَوْ عَجَزَ فَعَجَّزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ ٱلآخَرُ إِبْقَاءَهُ . . فَكَٱبْتِدَاءِ عَقْدٍ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ .
وَلَوْ أَبْرَأَ مِنْ نَصِيبِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ . . عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَقُوِّمَ ٱلْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِراً . . . . . .

في الملك أو بالعكس . . ففي صحة الكتابة القولان فيما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر ، وقيل : يبطل قطعاً ؛ لأنا لو جوزنا ذلك . . لزم أن ينتفع أحدهما بملك الآخر ، والصحيح : أنه لا يشترط تساوي الشريكين في ملك العبد .

قال : (**فلو عجز فعجزه أحدهما وأراد الآخر إبقاءه . . فكابتداء عقد**) فلا يجوز بغير إذن الشريك ، وكذا بإذنه على المذهب لما تقدم .

قال : (**وقيل : يجوز**) ؛ لأن الدوام أقوىٰ من الابتداء ، وجعل هـٰذا في « المحرر » طريقة لا وجهاً ، وكذا هو في « الروضة » .

قال : (**ولو أبرأ**) أي : أحدهما (**من نصيبه أو أعتقه . . عتق نصيبه ، وقوم الباقي إن كان موسراً**) .

أما في العتق . . فلما سبق في بابه .

وأما في الإبراء . . فلأنه أسقط جميع ما يستحقه فأشبه ما لو كاتب جميعه وأبرأه عن النجوم .

وعبارة المصنف تفهم أن التقويم والسراية في الحال وهو قول .

والأظهر : أنه ليس كذلك ، بل إن أدىٰ نصيب الآخر من النجوم . . عتق عنه والولاء بينهما ، ويأتي الخلاف في أنه يسري بنفس العجز أم بأداء القيمة ، أم يتبين بأدائها أنه سرىٰ من العجز .

ولو كاتب رجل عبده ومات عن ابنين وعجز المكاتب فأرقه أحدهما وأراد الثاني إنظاره . . ففيه الطريقان .

وهـٰذه الصورة أولىٰ بأن لا تنتقض فيها الكتابة ؛ لأنها صدرت من واحد في الابتداء ، وهناك من شخصين ، والصفقة تتعدد بتعدد العاقد .

تتمة :

ليس للمكاتب أن يدفع لأحد الشريكين شيئاً لم يدفع مثله للآخر في حال دفعه

فَصْلٌ :

يَلْزَمُ ٱلسَّيِّدَ أَنْ يَحُطَّ عَنْهُ جُزْءًا مِنَ ٱلْمَالِ ، أَوْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ ، . . . .

إليه ، فإذا أذن أحدهما في دفع شيء للآخر يختص به . . لم يصح القبض في أصح القولين .

وصحح صاحب « الحاوي » و« البحر » الجواز .

فعلىٰ هٰذا : إن كان قدر حصته . . عتقت حصته إذا قبضها ، وإن امتنع من القبض . . أجبر عليه ، ثم إن كان معه وفاء نصيب الآخر . . دفعه وعتق ، وإلا . . فيقوم الباقي على القابض إن كان موسراً على المذهب ، ولو قبض بالإجبار . . فكذلك الحكم ؛ لأنه مختار في عقد الكتابة .

نعم ؛ لو كان المجبر على القبول الوارث . . لم يسر العتق اتفاقاً .

قال : (**فصل** :

يلزم السيد أن يحط عنه جزءاً من المال ، أو يدفعه إليه) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمۡ﴾ ، وظاهر الأمر الوجوب .

وقال أبو حنيفة ومالك : يستحب له ذلك ، واختاره القاضي الروياني في « الحلية » ؛ لأنه لو وجب بالشرع . . لتقدر كالزكاة .

والمراد بالإيتاء في الآية : التزام المال لا بدله كما في الجزية .

فإن قيل : من قواعد الشافعي أنه لا يستنبط من النص معنىً يبطله ، ولذلك منع أخذ القيمة في الزكاة ، وتجويز الحط يبطل الإيتاء . . فالجواب : أن الإبطال حصل هنا في الطريق إلىٰ براءة الذمة لا في نفسها ، فكان من باب مفهوم الموافقة ؛ لأن في الحط إيتاء وزيادة .

وظاهر عبارته : أن الواجب أحد الأمرين ، وهو وجه حكاه القاضي حسين .

وقيل : الإيتاء أصل والحط بدل ؛ لظاهر الآية .

والأصح المنصوص في « الأم » : أن الحط أصل والإيتاء بدل عنه ؛ لأن المقصود إعانته ليعتق ، والإعانة في الحط محققة ، وفي البدل موهومة ؛ فإنه قد ينفق المال في جهة أخرىٰ .

وَٱلْحَطُّ أَوْلَىٰ ، وَفِي ٱلنَّجْمِ ٱلأَخِيرِ أَلْيَقُ ، . . . .

وفائدة الخلاف تظهر في الكتابة الفاسدة ؛ فإنا إن قلنا : الأصل الإيتاء . . ففي وجوبه فيها وجهان ، وإن قلنا : الحط . . لم يجب جزماً .

والألف واللام في (المال) للعهد ، وهو مال الكتابة ، فيجب عليه أن يحط عنه جزءاً من المال المعقود عليه ، أو يدفع إليه جزءاً منه بعد قبضه .

فإن كان المبذول من غير جنس مالها . . لم يلزم المكاتب قبوله على الصحيح ، وإن رضي به . . جاز قطعاً ، وإن كان من جنسه . . فالصحيح اللزوم ؛ لأن المقصود الإعانة علىٰ فك رقبته ، كل هـٰذا في الكتابة الصحيحة .

واستثنىٰ أصحاب « الرونق » و« اللباب » و« الشافي » و« التحرير » من الوجوب صورتين :

إحداهما : أن يكاتبه علىٰ منفعة نفسه .

والثانية : أن يكاتبه في مرض موته والثلث لا يحتمل أكثر من قيمته .

وفي « البيان » وغيره : أنه لو وهب عبده النجوم . . عتق ، وهل له أن يطالب سيده بالإيتاء؟ وجهان : الأصح علىٰ ما اقتضاه كلام « الشرح » و« الروضة » في (الصداق) : المنع .

قال : (**والحط أولىٰ**) ؛ لما تقدم من تحقق نفعه ، وهو المروي عن الصحابة قولاً وفعلاً ، منهم علي وابن عمر .

قال : (**وفي النجم الأخير أليق**) ؛ ليتخلص به من أسر الرق .

وفي « الموطأ » [٢/٧٨٨] عن ابن عمر : أنه كاتب عبداً له علىٰ خمسة وثلاثين ألفاً ، وضع عنه منها في النجم الأخير خمسة آلاف .

وقيل : يتعين فيه أو بعده ، ولا يجوز قبله .

وفي « فروع ابن القطان » تقييد الأخير بما إذا كاتبه علىٰ أكثر من نجمين ، قال : فإن كان علىٰ نجمين . . فسبيله أن يعطيه في الأول ؛ ليستعين به في الثاني .

وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ ٱلِاسْمُ [وَلاَ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ ٱلْمَالِ] ، وَأَنَّ وَقْتَ وُجُوبِهِ قَبْلَ ٱلْعِتْقِ ، وَيُسْتَحَبُّ ٱلرُّبُعُ ، ....

قال : (**والأصح : أنه يكفي ما يقع عليه الاسم [ولا يختلف بحسب المال]**) ؛ لأنه لم يرد فيه تقدير .

والثاني : ينبغي أن يكون قدراً يليق بالحال ويستعين به على العتق ، دون القليل الذي لا وقع له ، وعلىٰ هـٰذا : يختلف الحال بقلة المال وكثرته ، فإن لم يتفقا علىٰ شيء.. قدره الحاكم باجتهاده مراعياً قوة العبد وكسبه ، وقيل : يراعي يساره وإعساره .

قال في « الشرح الصغير » : ويشبه أن ينظر إليهما جميعاً كالمتعة ، ونقله في « الكفاية » عن تصريح الماوردي .

وتعبير المصنف بـ(الأصح) مخالف لتعبيره في « الروضة » بـ(الصحيح) .

قال : (**وأن وقت وجوبه قبل العتق**) ؛ ليستعين به عليه ، ويجوز بعده ويكون قضاء .

وقيل : بعد العتق ليكون بلغة له كالمتعة بعد الطلاق ، ويجوز من أول عقد الكتابة ، وقيل : لا يجوز الإيتاء إلا في النجم الأخير .

قال : (**ويستحب الربع**) ؛ لما روى الحاكم [٢/٣٩٧] ـ وقال : صحيح الإسناد ـ عن علي رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في قوله تعالىٰ : ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ ربع الكتابة .

وقال ابن المنذر والنسائي [سك ٥٠١٨] : الصواب وقفه عليه ، ومع ذلك هو حجة ؛ لأن مثله لا يقال بالرأي .

وقال إسحاق بن راهويه : أجمع أهل التأويل في الآية علىٰ أنها ربع الكتابة .

وفي وجه ضعيف : يستحب الثلث ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « الثلث ، والثلث كثير »[1] .

---

(١) أخرجه البخاري (١٢٩٦) ، ومسلم (٥/١٦٢٨) .

وَإِلاَّ . . فَٱلسُّبُعُ . وَيَحْرُمُ وَطْءُ مُكاتَبَتِهِ ، وَلاَ حَدَّ فِيهِ ، وَيَجِبُ مَهْرٌ ، . . . .

قال : (وإلا . . فالسبع) ؛ لأثر ابن عمر السابق ، فلو مات السيد بعد الأخذ وقبل الإيتاء . . لزم الورثة الإيتاء ، فإن كانوا صغاراً . . تولاه الولي .

فإن كان مال الكتابة باقياً . . أخذ منه الواجب ، ولا يزاحمه أصحاب الديون ؛ لأن حقه في عينه .

قال : (ويحرم وطء مكاتبته) ؛ لاختلال ملكه وإن لم يقطعه كالطلاق الرجعي ، فلو شرط في الكتابة أن يطأها . . فسد العقد ، خلافاً لمالك حيث قال : يصح العقد ويلغو الشرط ، ولأحمد حيث قال بصحتها .

والمراد : الكتابة الصحيحة ؛ فإن الفاسدة كالتعليق بصفة .

واقتصاره على الوطء قد يفهم جواز ما عداه ، والذي في زوائد « الروضة » في (كتاب الظهار) : أنه يحرم منها كل استمتاع ، قال : وكذا المبعضة .

وذكر الرافعي في (النكاح) : أنه يحرم النظر إليها أيضاً ، وهو يوهم امتناع نظر المكاتب لسيدته ، وحكاه في « الروضة » في زوائده هناك عن القاضي حسين ، لـٰكن نص الشافعي على الجواز ، وجرىٰ عليه العراقيون في هـٰذا الباب .

قال : (ولا حد فيه) ولو علم التحريم ؛ لشبهة الملك ، وفي قول ضعيف : يحد العالم ، والصحيح : يعزران .

قال : (ويجب مهر) إن كانت مكرهة ؛ لأنه وطء لا حد فيه فأشبه ما لو وطىء أمة أوصي له برقبتها دون منفعتها ، والمهر يكون لها ؛ لأنها مستحقة المنافع .

وقيل : إن طاوعته فلا ؛ لأنها أهدرت بضعها بلا عوض ، والصحيح المنصوص : الأول ؛ لأن المطاوعة مع وجود الشبهة لا تقدح في وجوب المهر .

وعن مالك : لا مهر لها بحال .

لنا : أن منافع بضعها لها ، بدليل أنه لو وطئها غيره بشبهة . . كان المهر لها ، وإذا وجب المهر لها . . فلها أخذه في الحال ، فإن حل عليها نجم وهما من جنس واحد . . فعلى الخلاف في التقاص ، وإن عجزت قبل أخذه . . سقط ، وإن عتقت بأداء النجوم . . فلها المطالبة به ، فإذا وطئها ثانياً ، فإن كان قبل قبضها المهر . . لم يتكرر ،

وَٱلْوَلَدُ حُرٌّ ، وَلاَ تَجِبُ قِيمَتُهُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَصَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً مُكَاتَبَةً ، فَإِنْ عَجَزَتْ . . عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ ، وَوَلَدُهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِناً مُكَاتَبٌ فِي ٱلأَظْهَرِ يَتْبَعُهَا رِقّاً وَعِتْقاً ، . . . .

وإن كان بعد قبضه . . وجب مهر ثان .

قال : (**والولد حر**) أي : نسيب بالاتفاق ؛ لأنها علقت به في ملكه .

قال : (**ولا تجب قيمته على المذهب**) ؛ لحريته عند علوقها به لأنه ابن أمته والحق فيه له .

وقيل : تجب قيمته بناء علىٰ أن الحق فيه لها ، والخلاف هنا مبني علىٰ حكم ولدها من غيره ، إن قلنا : لا يثبت له حكم الكتابة . . لم يلزمه ؛ لأنه قن له ، وإن قلنا : يثبت ـ وهو الأصح ـ ففي لزوم قيمته خلاف .

قال : (**وصارت مستولدة**) ؛ لأنها مملوكة علقت بولد حر من مالكها ، والاستيلاد فيها لا يبطل حقاً فأشبهت غير المكاتبة .

واحترزنا بما ذكرناه عن المرهونة والجانية علىٰ قول .

قال : (**مكاتبة**) عملاً بالاستيلاد والكتابة .

قال : (**فإن عجزت . . عتقت بموته**) ؛ لأجل الاستيلاد ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، فلو أتت هـٰذه بولد بعد الاستيلاد من نكاح أو زناً . . فهو ولد أم ولد وولد مكاتبة فيتبعها في الاستيلاد قطعاً ، وهل يتبعها في العتق بالكتابة؟ فيه القولان الآتيان .

ولو علق عتق عبده بدخول الدار ، ثم كاتبه ، ثم دخل الدار . . عتق ، وهل يقع عتقه عن الكتابة؟ فيه الخلاف في المكاتبة المستولدة .

قال : (**وولدها من نكاح أو زناً مكاتب في الأظهر يتبعها رقاً وعتقاً**) ؛ لأن الولد من كسبها ، فتوقف أمره علىٰ رقها وحريتها ؛ لأنه يتبعها في سبب الحرية كما يتبعها في الحرية كولد أم الولد .

والثاني : يكون مملوكاً للمولىٰ يتصرف فيه بالبيع وغيره ؛ لأن عقد الكتابة يقبل الفسخ ، فلا يثبت حكمه في الولد كما أن ولد المرهونة يكون مرهوناً ، وقطع بعضهم بالقول الأول .

وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، وَٱلْحَقُّ فِيهِ لِلسَّيِّدِ ، وَفِي قَوْلٍ : لَهَا ، فَلَوْ قُتِلَ . . فَقِيمَتُهُ لِذِي ٱلْحَقِّ . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّ أَرْشَ جِنَايَةٍ عَلَيْهِ ، وَكَسْبَهُ وَمَهْرَهُ يُنْفَقُ مِنْهَا عَلَيْهِ ، وَمَا فَضَلَ . . وُقِفَ ، فَإِنْ عَتَقَ . . فَلَهُ ، وَإِلاَّ . . فَلِلسَّيِّدِ . وَلاَ يَعْتِقُ شَيْءٌ مِنَ ٱلْمُكَاتَبِ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ ٱلْجَمِيعَ . . . .

وقوله : (مكاتب) فيه تجوز ، والمراد : أنه يثبت له حكم الكتابة لا أنه يصير مكاتباً ، ويوضحه قوله بعد : (ويتبعها رقاً وعتقاً) ؛ لأنه لم يوجد منه قول ولم يجز معه عقد .

قال : (**وليس عليه شيء**) أي : من مال الكتابة ولا غيره بلا خلاف ؛ لأنه لم يوجد منه التزام .

قال : (**والحق فيه للسيد**) كما أن حق الملك في الأم له كولد أم الولد .

قال : (**وفي قول : لها**) ؛ لأنه يعتق بعتقها ، ويتفرع على القولين صور شرع المصنف في ذكر صورتين منها فقال : (**فلو قتل . . فقيمته لذي الحق**) كقيمة الأم ، وإن قلنا بالثاني . . فللمكاتبة تستعين به في أداء النجوم .

قال : (**والمذهب : أن أرش جناية عليه ، وكسبه ومهره ينفق منها عليه ، وما فضل . . وقف ، فإن عتق . . فله ، وإلا . . فللسيد**) كما أن كسب الأم إذا عتقت يكون لها ، وإلا . . فلا .

وفي وجه : لا يوقف ، بل يصرف إلى السيد كما تصرف إليه القيمة .

هـٰذا كله إذا قلنا بالقول الأول ، فإن قلنا بالثاني . . فهي للأم تستعين بها في كتابتها ، ويصرف ما حصل إليها يوماً بيوم بلا وقف .

فلو امتنعت الأم من الأداء مع القدرة فقال الولد : أنا أؤدي نجومها من كسبي لتعتق فأعتق . . لم يكن له ذلك ؛ لأنه تابع .

وإذا اختلفا في ولدها فقال السيد : ولدته قبل الكتابة . . فهو رقيق ، وقالت : بعدها والأمر محتمل . . فمن أقام بينة . . قضي له بها .

قال : (**ولا يعتق شيء من المكاتب حتىٰ يؤدي الجميع**) ؛ لقوله صلى الله عليه

وَلَوْ أَتَىٰ بِمَالٍ فَقَالَ ٱلسَّيِّدُ : هَـٰذَا حَرَامٌ وَلاَ بَيِّنَةَ . . حَلَفَ ٱلْمُكَاتَبُ أَنَّهُ حَلاَلٌ ، وَيُقَالُ لِلسَّيِّدِ : تَأْخُذُهُ أَوْ تُبْرِئُهُ [عَنْهُ]، . . . .

وسلم : « من كاتب عبداً علىٰ مئة درهم فأداها إلا عشرة دراهم . . فهو عبد » صححه ابن حبان [٤٣٢١] .

وفيه وفي « سنن أبي داوود » [٣٩٢٢] و« النسائي » [سك ٥٠٠٧] عن عمرو بن شعيب مرفوعاً : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم »

قال في « الروضة » : إنه أحسن ، ولأنه إن كان المغلب فيه العتق بالصفة . . فلا يعتق قبل استكمالها ، وإن غلب فيه المعاوضة كالبيع . . فلا يجب تسليمه إلا بقبض جميع ثمنه .

ومقتضىٰ كلامه : أنه لا يعتق بغير ذلك ، وليس كذلك ؛ فكل من يعتق بأداء النجوم . . يعتق بالإبراء منها ، وفي حصوله بالاستبدال عنها خلاف ، وإذا جوزنا الحوالة بالنجوم أو عليها . . حصل العتق بنفس الحوالة أيضاً .

ونظير المسألة : الرهن لا ينفك شيء منه حتىٰ يؤدي الجميع ، بخلاف أرش الجناية المتعلق برقبة العبد ؛ فإنه ينفك منه بقدر ما أدىٰ على الصحيح .

قال : (**ولو أتىٰ بمال فقال السيد : هـٰذا حرام ، ولا بينة . . حلف المكاتب أنه حلال**) ويصدق علىٰ ذلك عملاً بظاهر اليد ، وهـٰذا بخلاف ما لو اشتغلت ذمة شخص بلحم فأتىٰ به فقال المسلم : هـٰذا لحم ميتة ، وقال المسلم إليه : بل لحم مذكاة . . فالقول قول المسلم ، قاله العبادي في « أدب القضاء » ، والزبيري في « المسكت » ؛ لأن ذمته مشغولة بيقين ، والفرع تقدم في السلم .

قال : (**ويقال للسيد : تأخذه أو تبرئه [عنه]**) ؛ لظهور تعنته ، فإذا أقام السيد بينة علىٰ أن المال حرام ؛ لم يجبر علىٰ قبوله ، وتسمع منه هـٰذه البينة عند الأكثرين .

وشرط الماوردي والصيدلاني في سماعها : أن يعين له مالكاً ، ولا يثبت بهـٰذه البينة ملك من شهدت له ، فإذا لم تكن بينة . . أجبر السيد علىٰ أحد الأمرين كما قاله المصنف .

فَإِنْ أَبَىٰ . . قَبَضَهُ ٱلْقَاضِي ، وَإِنْ نَكَلَ ٱلْمُكَاتَبُ . . حَلَفَ ٱلسَّيِّدُ . وَلَوْ خَرَجَ ٱلْمُؤَدَّىٰ مُسْتَحَقّاً . . رَجَعَ ٱلسَّيِّدُ بِبَدَلِهِ ، فَإِنْ كَانَ فِي ٱلنَّجْمِ ٱلأَخِيرِ . . بَانَ أَنَّ ٱلْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ وَإِنْ كَانَ قَالَ عِنْدَ أَخْذِهِ : أَنْتَ حُرٌّ ، . . . .

فإذا أخذه السيد ، فإن كان قد عين له مالكاً . . لزمه دفعه إليه قطعاً ؛ لاعترافه له به وإن لم يقبل قوله على المكاتب .

وإن اقتصر علىٰ قوله : هو مسروق أو مغصوب أو حرام . . فقيل : ينزعه الحاكم ويحفظه في بيت المال ، والأصح : لا ينزع منه ويقال له : أمسكه حتىٰ يتبين صاحبه ، ويمنع من التصرف فيه ، فإن كذب نفسه وقال : هو للمكاتب . . قال الإمام : الصحيح : أنه يقبل ، قال : وإن قلنا : ينزعه الحاكم منه . . فالظاهر : أنه لو كذب نفسه . . لم يقبل .

قال : (**فإن أبىٰ . . قبضه القاضي**) أي : ويعتق المكاتب .

قال : (**وإن نكل المكاتب . . حلف السيد**) وكان كإقامة البينة .

وفي وجه : لا يحتاج السيد إلىٰ بينة ، كذا حكاه في « أصل الروضة » ، وهو وهم ، ولفظ الرافعي في حكايته .

وعن ابن أبي هريرة وجه : أن المكاتب لا يحتاج إلىٰ بينة ، فظن المصنف أنه المكاتب بكسر التاء فصرح بالسيد .

والذي في « الرافعي » وهم أيضاً ، وصوابه : إبدال البينة باليمين كما صرح به في « الشرح الصغير » ، والمشهور : ما جزم به المصنف من حلف السيد .

قال : (**ولو خرج المؤدى مستحقاً . . رجع السيد ببدله**) ؛ لفساد القبض (**فإن كان في النجم الأخير . . بان أن العتق لم يقع**) ؛ لبطلان الأداء ، فإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب . . بان أنه مات رقيقاً ، وأن ما تركه للسيد لا للورثة ، بخلاف ما لو علق عتقه بإعطاء ألف فأعطاه ألفاً مغصوباً . . فإنه يعتق في وجه ، وكذا في الكتابة الفاسدة وفي الطلاق ؛ لأن هـٰذا معاوضة وذاك تعليق .

قال : (**وإن كان قال عند أخذه : أنت حر**) ، فإنه لا يقع ؛ لأنه بناه علىٰ ظاهر الحال ، وهو صحة الأداء وقد بان خلافه .

وَإِنْ خَرَجَ مَعِيباً . فَلَهُ رَدُّهُ وَأَخْذُ بَدَلِهِ ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ إِلاَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، . . . .

وقيل : يقع مؤاخذة له ويجريان في قوله له : اذهب فقد عتقت .

ثم ظاهر كلام المصنف : أنه لا فرق بين أن يقول : أنت حر جواباً عن سؤال حريته أو ابتداء ؛ لشمول العذر .

وكلام الإمام يشعر بالتفصيل بين وجود قرينة كقبض مثلاً ودونها ، قال الرافعي : وهو قويم لا بأس بالأخذ به ، لـٰكن في « الوسيط » : أنه لا فرق بين أن يكون متصلاً بقبض النجوم أم لا .

قال : (**وإن خرج معيباً . . فله رده وأخذ بدله**) أي : إذا لم يرض به كالثمن المعيب ، ولا فرق عندنا بين العيب اليسير والفاحش ؛ لأنه دون حقه ، وقال أبو حنيفة : لا يرد باليسير .

فإن كان العيب في النجم الأخير ، فإن رضي به . . نفذ العتق قطعاً ، ويكون رضاه بالعيب كالإبراء من بعض الحق ، وهل نقول : ملكه بالقبض ثم انتقض الملك بالرد أو نقول : إذا رد تبين أنه لم يملكه؟ فيه قولان تنبني عليهما فروع كثيرة في « الشرح » و« الروضة » .

ولو تلف عند السيد ما قبضه ثم علم عيبه . . قال الإمام : إن رضي . . فالعتق نافذ ، وإن طلب الأرش . . تبين أن العتق لم يحصل ، فإذا أدى الأرش . . حصل حينئذ ، وإن عجز . . فللسيد إرقاقه ، ويأتي الوجه الآخر أنه يرتفع العتق بعد حصوله ، هـٰذا هو الصواب في التعبير كما في « الشرح الصغير » ، ووقع في « الكبير » و« الروضة » : يرتفع العقد بعد حصوله ، وهو سبق قلم .

ولو حدث عند السيد عيب يمنع من الرد . . كان وقوع العتق موقوفاً علىٰ ما يستقر بينهما .

هـٰذا كله في نقصان الوصف ، فأما إذا بان ناقص الأجزاء من الكيل أو الوزن . . فلا يعتق بقبضه بلا خلاف .

قال : (**ولا يتزوج إلا بإذن سيده**) ؛ رعاية لحقه ، وجزم المحاملي في « المقنع » بوجوب إجابة المكاتب إلى التزويج ، وما اقتضاه كلامه من الصحة بإذنه هو أصح الطرق .

وَلاَ يَتَسَرَّىٰ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَلَهُ شِرَاءُ ٱلْجَوَارِي لِتِجَارَةٍ ، فَإِنْ وَطِئَهَا . . فَلاَ حَدَّ ، وَٱلْوَلَدُ نَسِيبٌ ، فَإِنْ وَلَدَتْهُ فِي ٱلْكِتَابَةِ أَوْ بَعْدَ عِتْقِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . . تَبِعَهُ رِقّاً وَعِتْقاً ، وَلاَ تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

وقيل : إنه على القولين في تبرعاته ، واقتضىٰ إيراد الوسيط ترجيح هـٰذه الطريقة تبعاً للإمام ، وعليها اقتصر جماعة .

ووجه المنع : أن نفقة الزوجة تستغرق أكسابه فلا يحصل مقصود الكتابة ، أما المكاتبة . . فتزويجها بإذنها صحيح على الصحيح .

وقال القفال : لا تزوج أصلاً ؛ لضعف ملك السيد ونقصها .

قال : (**ولا يتسرىٰ بإذن سيده على المذهب**) ؛ لضعف ملكه ، وخوفاً من هلاك الجارية بالطلق .

والطريقة الثانية : بناء ذلك علىٰ أن العبد يملك بالتمليك إن قلنا : لا لم يحل له الوطء والتسري ، وهو الأصح .

والصواب المنصوص في « الأم » و« البويطي » : الذي صححه المصنف ، لـٰكنه مخالف لما اقتضاه كلام « الروضة » في الباب الحادي عشر من (كتاب النكاح) وآخر (معاملات العبيد) ؛ فإن فيهما أن فيه القولين في تبرعاته ، ومقتضاه الصحة .

قال : (**وله شراء الجواري لتجارة**) ؛ لأنه متمكن من جهات الكسب تحصيلاً للمقصود .

قال : (**فإن وطئها . . فلا حد**) ؛ للشبهة ، وكذا لا مهر ؛ لأنه لو ثبت . . لكان له .

قال : (**والولد نسيب**) ؛ لشبهة الملك .

قال : (**فإن ولدته في الكتابة أو بعد عتقه لدون ستة أشهر . . تبعه رقاً وعتقاً**) ؛ لأن العلوق وقع في الرق ، ولـٰكن لا يعتق في الحال ؛ لضعف ملكه ، فيوقف عتقه علىٰ عتق أبيه ، وإلا . . رق وصار للسيد .

قال : (**ولا تصير مستولدة في الأظهر**) ؛ لأنها علقت بمملوك فأشبهت الأمة المنكوحة .

وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ ٱلْعِتْقِ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَكَانَ يَطَؤُهَا . . فَهُوَ حُرٌّ وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ . وَلَوْ عَجَّلَ ٱلنُّجُومَ . . لَمْ يُجْبَرِ ٱلسَّيِّدُ عَلَى ٱلْقَبُولِ إِنْ كَانَ لَهُ فِي ٱلامْتِنَاعِ غَرَضٌ كَمُؤْنَةِ حِفْظٍ أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهِ ، وَإِلاَّ . . فَيُجْبَرُ ، . . . .

والثاني : تصير مستولدة في الحال ، وبه قال مالك وأحمد ، واختاره المزني ؛ لأنه ثبت للولد حق الحرية فثبت لها حرمة الاستيلاد .

قال : (**وإن ولدته بعد العتق لفوق ستة أشهر**) كذا في « المحرر » ، والذي في « الروضة » و« الشرحين » : لستة أشهر فأكثر .

قال : (**وكان يطؤها . . فهو حر وهي أم ولد**) ؛ لظهور العلوق بعد الحرية ، والولد في هاذه الحالة لا ولاء عليه إلا بالولاء علىٰ أبيه ، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق ؛ تغليباً للحرية ، وإن لم يطأها بعد الحرية . . فالاستيلاد على الخلاف .

قال : (**ولو عجل النجوم . . لم يجبر السيد على القبول إن كان له في الامتناع غرض كمؤنة حفظ**) كالطعام الكثير ، وكذلك مؤنة العلف ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » وهاذا لا خلاف فيه ، فلو كاتبه وقت النهب وعجل فيه . . فقيل يجبر ؛ لاستواء الحالين ، والأصح : المنع .

قال : (**أو خوف عليه**) أي : من ضياع أو فساد أو نهب ، وكذا إذا أتىٰ به في غير بلد العقد ، **فإن** : كان لنقله مؤنة أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفاً . . لم يجبر ، وإلا . . أجبر .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن له في الامتناع غرض صحيح (. . **فيجبر**) ؛ لما روى البيهقي [١٠/ ٣٣٤] عن أنس بن سيرين قال[(١)] : كاتبني أنس بن مالك ، فاشتريت وبعت حتىٰ ربحت مالاً ، وجئت أنساً بكتابتي كلها ، فأبىٰ أن يقبلها إلا نجوماً ، فأتيت عمر بن الخطاب فذكرت ذلك له فقال : أراد أنس الميراث ، ثم كتب إليه فقبلها .

ولأن للمكاتب غرضاً ظاهراً فيه وهو يتخير العتق أو تقريبه ، ولا ضرر على السيد .

---

(١) في « البيهقي » : « عن أنس بن سيرين عن أبيه قال . . . » .

فَإِنْ أَبَىٰ . . قَبَضَهُ ٱلْقَاضِي ، وَلَوْ عَجَّلَ بَعْضَهَا لِيُبْرِئَهُ مِنَ ٱلْبَاقِي فَأَبْرَأَ . . لَمْ يَصِحَّ ٱلدَّفْعُ وَلاَ ٱلإِبْرَاءُ . . . .

قال الإمام في آخر « النهاية » : وهـٰذا لا خلاف فيه ، بخلاف بقية الديون ؛ فإن في إجبار رب الدين علىٰ قبولها قبل الحلول قولين ، والفرق : طلب العتق في الكتابة ، وبهـٰذا جزم الرافعي في (كتاب الجراح) ، قال : وهـٰذا بخلاف سائر الديون المؤجلة ؛ فإن فيها تفصيلاً وخلافاً .

قال : (**فإن أبىٰ . . قبضه القاضي**) أي : ويعتق ؛ لأنه نائب الممتنعين ، وكذلك الحكم لو كان غائباً فعجله حيث لا ضرر . . يقبضه القاضي عنه ، بخلاف من عجل ديناً لغائب في غير الكتابة . . لا يقبضه الحاكم في الأصح ؛ ففي « سنن البيهقي » [١٠/ ٣٣٤] عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه أنه قال : اشترتني أم شريك ـ امرأة من بني ليث ـ بسوق ذي المجاز بسبع مئة درهم ، ثم قدمت المدينة ، فكاتبتني علىٰ أربعين ألف درهم فأديت إليها عامة ذلك ، قال : ثم حملت ما بقي إليها فقلت : هـٰذا مالك فاقبضيه ، فقالت : لا والله حتىٰ آخذه منك شهراً بشهر وسنة بسنة ، فخرجت به إلىٰ عمر فذكرت ذلك له فقال : ادفعه إلىٰ بيت المال ، ثم بعث إليها فقال : هـٰذا مالك في بيت المال ، وقد عتق أبو سعيد ، فإن شئت . . فخذي شهراً بشهر وسنة بسنة ، قال : فأرسلت فأخذته .

قال أبو بكر النيسابوري : هـٰذا حديث حسن .

فإن قيل : يشكل قوله : (فإن أبىٰ قبضه القاضي) مع قوله : أنه يجبر . . فالجواب : أنه يجبره ، فإن عجز عن جبره أو لم يفد فيه الإجبار . . قبض له حينئذ .

والتفصيل الذي ذكره المصنف تقدم نظيره في (كتاب السلم) .

ولو كان على المكاتب ديون للسيد فأدى المال ثم اختلفا ، فقال المكاتب : أديته عن النجوم ، وقال السيد : عن الديون . . فالصحيح : أن المصدق المكاتب .

وقال في « المهمات » : القياس تصديق السيد ؛ لأن التعيين في الابتداء إليه ، فالقياس أن يراعىٰ ؛ لأن الاختيار إليه ، بخلاف سائر الديون .

قال : (**ولو عجل بعضها ليبرئه من الباقي فأبرأ . . لم يصح الدفع ولا الإبراء**) ؛

وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلنُّجُومِ ، وَلاَ ٱلِاعْتِيَاضُ عَنْهَا ، فَلَوْ بَاعَ وَأَدَّىٰ إِلَى ٱلْمُشْتَرِي . . لَمْ يَعْتِقْ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَيُطَالِبُ ٱلسَّيِّدُ ٱلْمُكَاتَبَ وَٱلْمُكَاتَبُ ٱلْمُشْتَرِيَ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ .

لأنه يشبه ربا الجاهلية ، فإن الرجل كان إذا حلَّ دينه يقول لمن عليه : تقضي أو تزيد ، فإن قضاه وإلا . . زاده في الدين وزاده في الأجل .

وإذا لم يصح الدفع ولا الإبراء . . لم يعتق ، وعلى السيد رد المأخوذ .

ومثله : أبرأتك عن كذا بشرط أن تعجل الباقي ، أو إذا عجلت كذا . . فقد أبرأتك عن الباقي ، فعجل . . لم يصح ، ولو أخذ السيد ما عجله المكاتب وأبرأه عن الباقي بلا شرط ، أو عجز المكاتب نفسه فأخذ السيد ما معه وأبرأه عن الباقي . . جاز ، أو أعتقه . . جاز .

قال : (**ولا يصح بيع النجوم**) ؛ لأنه بيع ما لم يقبض وبيع الدين لغير من عليه ، لـٰكن المصنف صحح في « الروضة » في (باب البيع) أن بيع الدين لغير من عليه صحيح ، ومقتضاه : ترجيح بيع النجوم إذا قلنا بالعلة الأولىٰ .

قال : (**ولا الاعتياض عنها**) أي : الاستبدال عنها من المكاتب ، والخلاف فيها مرتب علىٰ ما قبلها ، وفيهما وجه ضعيف ، لـٰكنه في الأولىٰ أضعف ، وصوب في « المهمات » جواز الاعتياض عنها ، ونقله عن نص « الأم » في (باب قطيعة المكاتب) ، والمصنف خالف كلامه هنا ما قدمه في (باب الشفعة) .

قال : (**فلو باع وأدىٰ إلى المشتري . . لم يعتق في الأظهر**) هـٰذا تفريع علىٰ بطلان البيع ، والمراد : أن المشتري إذا قبض النجم هل يعتق لأن البيع يتضمن الإذن في قبض النجوم فإذا بطل خصوص البيع . . بقي عموم الإذن ، ويصير كالوكيل ، أو لا يصح القبض ويبطل الإذن لبطلان ما هو في ضمنه ولا يعتق؟ فيه قولان : أظهرهما : الثاني ؛ لأن الإذن في مقابلة سلامة العوض ولم يسلم ، ويفارق الوكيل ؛ فإنه يقبض للموكل وهـٰذا يقبض لنفسه بحكم البيع الفاسد ، ولم يصح قبضه . . فلم يعتق .

قال : (**ويطالب السيد المكاتب والمكاتب المشتري بما أخذ منه**) هـٰذا أيضاً تفريع علىٰ عدم العتق ، فإن قلنا : يعتق بما أخذه المشتري . . يعطيه للسيد ؛ لأنا جعلناه وكيله .

قال : (**ولا يصح بيع رقبته في الجديد**) وبه قال أبو حنيفة ومالك قياساً على المستولدة .

والقديم : الجواز ، وبه قال أحمد كبيع المعلق العتق بصفة ، ويحتج له بحديث بريرة ؛ فإنها استعانت عائشة رضي الله عنها في كتابتها فقالت : إن باعوك صببت لهم ثمنك صباً ، فراجعتهم فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم . . الحديث .

ومن قال بالجديد . . قال : إنها عجزت نفسها ثم اشترتها عائشة رضي الله عنها ، والبيع بعد فسخ الكتابة جائز ، ولهـٰذا أمرها النبي صلى الله عليه وسلم بعتقها ، ولو بقيت الكتابة . . لعتقت بها .

وقال ابن المنذر : بيعت بريرة بعلم النبي صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبة ، ولو كان بيع المكاتب غير جائز . . لنهىٰ عنه ، ففي ذلك أبين بيان علىٰ جواز بيعه ، ولا أعلم خبراً يعارضه ، ولا أعلم في شيء من الأخبار دلالة علىٰ عجزها . اهـ

وامتناع البيع محله : إذا لم يرض المكاتب بالبيع ، فإن رضي . . جاز وكان رضاه فسخاً ، كذا نقله البيهقي في « سننه » عن نص الشافعي ، وبه جزم القاضي حسين في « تعليقه » ، وهو ظاهر ؛ لأن الحق له وقد رضي بإبطاله .

وقول الجرجاني في « الشافي » : لا يصح البيع سواء رضي المكاتب أم لا . . ممنوع ، وعلى القديم هل تنفسخ الكتابة؟ وجهان : أصحهما : المنع ، وينتقل إلى المشتري مكاتباً ، والأصح : أن الولاء له ، وينبغي أن يستثنىٰ : ما إذا باعه من نفسه كما سيأتي في نظيره من المستولدة ، وقد يمنع ؛ فإن صفة أمية الولد لازمه ، فيجوز البيع تعجيلاً للعتق ، بخلاف المكاتب ؛ فإنه قد يعجز .

فتلخص أنه يباع في أربع صور : إذا رضي ، وإذا عجز نفسه ، وإذا جنىٰ ، وإذا اشترىٰ نفسه .

كل هـٰذا في الكتابة الصحيحة ، وأما الفاسدة . . فالمنصوص في « الأم » : صحة البيع إذا علم البائع بفسادها ؛ لبقائه علىٰ ملكه كالمعلق المعتق بصفة ، وكذلك إذا جهل على المذهب .

فَلَوْ بَاعَ فَأَدَّىٰ إِلَى ٱلْمُشْتَرِي . . فَفِي عِتْقِهِ ٱلْقَوْلاَنِ ، وَهِبَتُهُ كَبَيْعِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ مَا فِي يَدِ ٱلْمُكَاتَبِ وَإِعْتَاقُ عَبْدِهِ وَتَزْوِيجُ أَمَتِهِ . وَلَوْ قَالَ [لَهُ] رَجُلٌ : أَعْتِقْ مُكَاتَبَكَ عَلَىٰ كَذَا ففعَلَ . . عَتَقَ وَلَزِمَهُ مَا ٱلْتَزَمَ .

فَصْلٌ :

ٱلْكِتَابَةُ لاَزِمَةٌ مِنْ جِهَةِ ٱلسَّيِّدِ لَيْسَ لَهُ فَسْخُهَا . . . .

قال : (**فلو باع فأدىٰ إلى المشتري . . ففي عتقه القولان**) أي : فيما إذا باع نجومه فأدىٰ إلىٰ مشتريها ، وتقدم أن أظهرهما : المنع .

قال : (**وهبته كبيعه**) فيأتي فيها القولان أيضاً ؛ لما فيها من إزالة الملك وتعرضه للرق ، وأما الوصية به ، فإن نجزها . . فكالبيع ، وإن علقها علىٰ عجزه . . فوجهان :

أصحهما : الصحة كما لو وصىٰ بثمرة نخله وحمل أمته .

والثاني : لا يصح ؛ اعتباراً بحالة التعليق .

قال : (**وليس له بيع ما في يد المكاتب وإعتاق عبده وتزويج أمته**) ونحو ذلك من التصرفات ؛ لأنه كالأجنبي معه .

قال : (**ولو قال [له] رجل : أعتق مكاتبك علىٰ كذا ففعل . . عتق ولزمه ما التزم**) كما لو قال : أعتق مستولدتك علىٰ كذا ، وهو بمنزلة فداء الأسير ، فلو قال : أعتقه عني علىٰ كذا . . لم يعتق عن السائل ، ويعتق عن المعتق على الأصح ، ولا يستحق المال .

تتمة :

علق عتق المكاتب علىٰ صفة ، فوجدت . . عتق ويضمن الإبراء عن النجوم حتىٰ تتبعه أكسابه ، قاله القاضي حسين في (كتاب الزكاة) من « تعليقه » ، قال : والإبراء لا يقبل التعليق قصداً ، ويقبله ضمناً .

قال : (**فصل :**

الكتابة لازمة من جهة السيد ليس له فسخها) ؛ لأنها عقدت لحظ المكاتب لا لحظ

إِلاَّ أَنْ يَعْجِزَ عَنِ ٱلأَدَاءِ ، وَجَائِزَةٌ لِلْمُكَاتَبِ ، فَلَهُ تَرْكُ ٱلأَدَاءِ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَفَاءٌ ، فَإِذَا عَجَّزَ نَفْسَهُ . . فَلِلسَّيِّدِ ٱلصَّبْرُ وَٱلْفَسْخُ بِنَفْسِهِ ، وَإِنْ شَاءَ . . بِٱلْحَاكِمِ ، . . . .

السيد فكان السيد فيها كالراهن ، هٰذا في الصحيحة ، أما الفاسدة . . فهي جائزة من جهته على الصحيح .

وقوله : (ليس له فسخها) لا حاجة إليه بعد ذكر اللزوم ، وإنما ذكره لأجل الاستثناء بعده .

قال : (**إلا أن يعجز عن الأداء**) أي : عند المحل في النجم أو بعضه ؛ لأنه تعذر عليه العوض فمكن من الفسخ كالبائع عند إفلاس المشتري بالثمن ، ولا ترتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه ، وإنما ترتفع إذا فسخها بعد العجز ، كذا قاله الرافعي ، وهو خلاف نص الشافعي ؛ فإنه قال في « الأم » مستدلاً علىٰ بطلان الكتابة بالموت : وإذا قال المكاتب : عجزت . . بطلت الكتابة .

وقال الماوردي : إذا عجز المكاتب . . احتاج الفسخ إلىٰ شرطين : أن يقول المكاتب : قد عجزت ، ويقول السيد : فسخت كتابتك .

ويستثنىٰ : ما إذا عجز عن القدر الذي يحط عنه أو يبدل له ؛ فإنه لا يفسخ فإن عليه مثله[1] ، بل يرفع المكاتب الأمر إلى الحاكم ليفصل بينهما بطريقه ، فلو لم يعجز ولٰكن امتنع من الأداء . . فللسيد الفسخ أيضاً ، ويستحب أن يشهد بالفسخ استظهاراً وإن لم يجب .

قال : (**وجائزة للمكاتب**) ؛ لأنه عقد لحظه فأشبه المرتهن .

قال : (**فله ترك الأداء و إن كان معه وفاء**) ؛ لأن الحظ له فلم يجبر عليه .

قال في « الذخائر » : وحكى الفوراني وجهاً لأصحابنا : أنها لازمة من جهة العبد كمذهب أبي حنيفة ، وقال في « المطلب » : لم أره في « الإبانة » .

قال : (**فإذا عجز نفسه . . فللسيد الصبر والفسخ بنفسه ، وإن شاء . . بالحاكم**) ؛ لأنه فسخ مجمع عليه لا اجتهاد فيه فلم يشترط فيه الحاكم .

---

(١) في هامش (ز) : (ولايحصل التقاص ؛ لأن للسيد أن يؤتيه من غيره) .

وَلِلْمُكَاتَبِ ٱلْفَسْخُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَإِنِ ٱسْتَمْهَلَ ٱلْمُكَاتَبُ عِنْدَ حُلُولِ ٱلنَّجْمِ . . ٱسْتُحِبَّ إِمْهَالُهُ ، فَإِنْ أَمْهَلَ ثُمَّ أَرَادَ ٱلْفَسْخَ . . فَلَهُ ، . . . .

وقد جاء عن عمر : أنه كاتب عبداً له ثم قال : أنا عاجز ، فقال : افسخ كتابتك ، فقال : بل افسخ أنت[1] .

ثم إذا فسخ الحاكم . . فلا بد من ثبوت الكتابة وحلول النجم عنده .

قال : (**وللمكاتب الفسخ في الأصح**) كما أن للمرتهن أن يفسخ الرهن ؛ لأنها جائزة من جهته ، سواء كان قادراً علىٰ أداء النجوم أم لا .

والثاني : المنع ؛ إذ لا ضرر عليه في بقاء الكتابة ، وله الامتناع من الأداء ؛ لأنه تعليق عتق بصفة .

قال الإمام : وهـٰذا في الحقيقة عكس الصواب ؛ فإن إلزام الكتابة وتجويز الامتناع من الوفاء كلام متناقض ، لـٰكن الرافعي جزم في أثناء المسألة الثانية من النظر الثالث بأن العبد لا يمكن من فسخ الكتابة ورفعها ، صحيحة كانت أو فاسدة .

قال : (**وإن استمهل المكاتب عند حلول النجم . . استحب إمهاله**) ؛ مساعدة له في تحصيل العتق ، ولما في إنظار المعسر من الفضل .

قال : (**فإن أمهل ثم أراد الفسخ . . فله**) ؛ لأن الدين الحال لا يتأجل ، و قال أبو حنيفة : ليس له الفسخ ؛ لأنه التزم بقربة فلا يتركها .

وإذا طالبه بالمال فلا بد من الإمهال بقدر ما يخرج المال من الصندوق والدكان والمخزن ويزن ، ولو أنظره بعد حلول النجم وأذن له في السفر ، ثم بدا له أن يرجع . . لم يكن له الفسخ في الحال ؛ لأن المكاتب غير مقصر في ذلك ، ولـٰكن يرفع الأمر إلى الحاكم ويقيم البينة على الحلول والغيبة ، ويحلف أنه ما قبض النجم منه ولا من وكيله ، ولا أبرأه ، ولا أحال به إذا جوزنا ذلك ، ويذكر مع ذلك أنه رجع عن الإنظار ، فيكتب الحاكم بذلك إلىٰ حاكم بلد الغيبة ويرتب عليه مقتضاه .

---

(١) البيهقي (١٠/ ٣٤١) ولـٰكن عن ابن عمر وليس عن عمر رضي الله عنهما .

وَإِنْ كَانَ مَعَهُ عُرُوضٌ . . أَمْهَلَهُ لِيَبِيعَهَا ، فَإِنْ عَرَضَ كَسَادٌ . . فَلَهُ أَنْ لاَ يَزِيدَ فِي ٱلْمُهْلَةِ عَلَىٰ ثَلاَثَةِ أَيَّام ، وَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِباً . . أَمْهَلَهُ إِلَى ٱلإِحْضَارِ إِنْ كَانَ دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَلَوْ حَلَّ ٱلنَّجْمُ وَهُوَ غَائِبٌ . . فَلِلسَّيِّدِ ٱلْفَسْخُ ، . . . . .

قال : (**وإن كان معه عروض . . أمهله ليبيعها**) ؛ رفقاً به ، وهـٰذا الإمهال واجب ؛ لأنه واجد لما عليه باذل .

قال : (**فإن عرض كساد . . فله ألا يزيد في المهلة علىٰ ثلاثة أيام**) كذا نقله الرافعي عن البغوي ، ورأى الإمام جواز الفسخ ، ونزله منزلة غيبة المال ، قال الرافعي : وهـٰذا أظهر .

وإذا كان له دين حال علىٰ حاضر باذل . . وجب التأخير إلى استيفائه ؛ لأنه كالعين الحاضرة أو الوديعة ، هـٰكذا أطلقوه من غير تقييد بمدة ، ويظهر تقييده بما دون ثلاثة أيام .

قال : (**وإن كان ماله غائباً . . أمهله إلى الإحضار إن كان دون مرحلتين**) ؛ لأنه بمنزلة الحاضر .

قال : (**وإلا . . فلا**) ؛ لطول المدة ، وأطلق الإمام والغزالي الفسخ به ، وهو محمول علىٰ هـٰذا التفصيل ، والمنصوص في « الأم » ما أطلقه الإمام وأتباعه .

قال : (**ولو حل النجم وهو غائب . . فللسيد الفسخ**) أي : إن شاء بنفسه ، وإن شاء بالحاكم في الأصح ؛ لأن المكاتب كان ينبغي له أن يحضر أو يبعث المال إليه عند المحل ، وقيل : لا يفسخ بنفسه ، بل لا بد من الرفع إلى الحاكم ؛ لأنه نائب الغائبين ، ولا يجب على السيد تأخير الفسخ بكون الطريق مخوفاً أو المكاتب مريضاً .

تنبيهات :

أحدها : قال في « المطلب » : لم أر لهم تعرضاً لحد هـٰذه الغيبة ، والأشبه أنه لا فرق فيها بين القريبة والبعيدة ، وقيدها في « الكفاية » بمسافة القصر ، وهو قياس تنزيل غيبته كغيبة المال .

وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ . فَلَيْسَ لِلْقَاضِي ٱلْأَدَاءُ مِنْهُ . وَلاَ تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ ٱلْمُكَاتَبِ ، ....

الثاني : محل الخلاف : إذا سافر بإذن السيد ، فإن سافر بغير إذنه . . كان له الفسخ قطعاً ، قاله ابن الصباغ .

الثالث : كلامه صريح في جواز سفره بغير إذن سيده ، وهو كذلك في الأصح ، وقيل : في سفر التجارة لا منع للسيد ، وفي غيره يمنع .

قال : (**ولو كان له مال حاضر . . فليس للقاضي الأداء منه**) بل يمكن السيد من الفسخ ؛ لأنه ربما عجز نفسه لو كان حاضراً أو امتنع من الأداء .

قال : (**ولا تنفسخ بجنون المكاتب**) ؛ لأن ما كان لازماً من أحد الطرفين لا ينفسخ بجنون أحد المتعاقدين كالرهن ، وإنما تنفسخ به العقود الجائزة منهما كالوكالة .

وحكى الإمام قولاً أو وجهاً : أنها تنفسخ بجنونه ، وهو غريب ، لـٰكنه القياس ؛ لأنها جائزة من جهته ، وإذا حاول السيد الفسخ . . فلا بد أن يأتي الحاكم فيثبت عنده الكتابة وحلول النجم ، ويحلف علىٰ بقاء الاستحقاق ، ثم يمكنه الحاكم من الفسخ ، فإن أفاق وظهر له مال كان موجوداً قبل الفسخ . . فله دفعه إلى السيد ويعتق ، ويبطل تعجيزه ، كذا أطلقوه .

قال الرافعي : وأحسن الإمام فقال : إن ظهر المال في يد السيد . . رد التعجيز ، وإلا . . فلا ، وفي هـٰذه الحالة يلزم المكاتب رد ما أنفق السيد عليه ؛ لأنه لم يتبرع ، وإنما أنفق علىٰ أنه عبده ، وإذا لم تنفسخ بالجنون . . فبالإغماء أولىٰ .

كل هـٰذا في الكتابة الصحيحة ، أما في الفاسدة . . ففي بطلانها بجنونهما وإغمائهما أوجه :

أحدها : نعم ؛ لجوازها .

والثاني : لا ، وصححه الإمام .

والثالث ـ وصححه الأكثرون ـ : أنها تبطل بجنون السيد وإغمائه ، وبالحجر عليه ، ولا تبطل بجنون العبد ، وستأتي المسألة في كلام المصنف .

وَيُؤَدِّي ٱلْقَاضِي إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالاً ، وَلاَ بِجُنُونِ ٱلسَّيِّدِ ، وَيَدْفَعُ إِلَىٰ وَلِيِّهِ ، وَلاَ يَعْتِقُ بِٱلدَّفْعِ إِلَيْهِ . وَلَوْ قَتَلَ سَيِّدَهُ . . فَلِوَارِثِهِ قِصَاصٌ ، فَإِنْ عَفَا عَلَىٰ دِيَةٍ أَوْ قَتَلَ خَطَأً . . أَخَذَهَا مِمَّا مَعَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . فَلَهُ تَعْجِيزُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ويؤدي القاضي إن وجد له مالاً**) ؛ لأن المجنون ليس من أهل النظر لنفسه فناب الحاكم عنه ، بخلاف الغائب الذي له مال ، كذا أطلقه الجمهور .

وقال الغزالي : إنما يؤدي إذا رأى المصلحة في الحرية ، فإن رأىٰ أنه يضيع بها لم . . يؤد ، قال الرافعي : وهو حسن ، لـٰكنه قليل النفع مع قولنا : إن السيد إذا وجد ماله . . له الاستقلال بأخذه ، إلا أن يقال : يمنع من أخذه في هـٰذه الحالة .

قال : (**ولا بجنون السيد**) ؛ لأنها لازمة من جهته ، وعلم من هـٰذا أنها لا تنفسخ بموته أيضاً كما أشار إليه المصنف في (فصل الكتابة الفاسدة) .

قال : (**ويدفع**) أي : النجوم (**إلىٰ وليه**) ؛ لأنه نائب عنه شرعاً (**ولا يعتق بالدفع إليه**) ؛ لأن قبضه فاسد ، وللمكاتب استرداده ؛ لأنه علىٰ ملكه ، بخلاف ما لو قبض السيد النجوم من المجنون . . فإنه يعتق ؛ لحصول القبض المستحق .

قال : (**ولو قتل سيده**) أي : عمداً (. . **فلوارثه قصاص**) كجناية عبد غيره عليه ، بل أولىٰ ؛ لمقابلة الإحسان بالإساءة .

قال : (**فإن عفا علىٰ دية أو قتل خطأ . . أخذها مما معه**) ؛ لأنه معه كالأجنبي في المعاملات ، وما الذي يلزم المكاتب؟ أيلزمه الأرش بالغاً ما بلغ أم أقل الأمرين؟ فيه القولان في الجناية على الأجنبي ، وقد جزم المصنف هناك بأن الواجب أقل الأمرين ، والحكم واحد كما قاله في « الروضة » ، والمصحح فيها وفي « الشرح » وجوب الأقل منها ومن قيمته ، وسيأتي مجزوماً به في الكتاب في الجناية على الأجنبي وهما سواء .

قال : (**فإن لم يكن**) أي : في يده مال (. . **فله تعجيزه في الأصح**) ؛ دفعاً للضرر عنه .

والثاني : ليس له تعجيزه ؛ لأنه لو عجزه . . لصار قناً له ، فيسقط الأرش ؛ لأن السيد لا يثبت له علىٰ عبده شيء ، بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي . . فإن الأرش يتعلق برقبته ، قال : وإذا عجز ورق . . فالأصح : سقوط الأرش ، وقيل : يتبع به إذا عتق ،

أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ . . فَٱقْتِصَاصُهُ وَٱلدِّيَةُ كَمَا سَبَقَ . وَإِنْ قَتَلَ أَجْنَبِيّاً أَوْ قَطَعَهُ فَعُفِيَ عَلَىٰ مَالٍ أَوْ كَانَ خَطَأً . . أَخَذَ مِمَّا مَعَهُ وَمِمَّا سَيَكْسِبُهُ ٱلأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَٱلأَرْشِ ، . . . .

هما كالوجهين فيمن ملك عبداً له عليه دين هل يسقط ؟

قال : (**أو قطع طرفه . . فاقتصاصه والدية كما سبق**) أي : في قتله لسيده ، فإن كانت الجناية عمداً . . كان له أن يقتص ، وإن كانت خطأ أو عفي علىٰ مال . . لم يجب ؛ لأن السيد لا يثبت له علىٰ عبده مال .

ولو أعتق السيد المكاتب بعد جنايته عليه أو أبرأه عن النجوم ، فإن لم يكن في يده شيء . . سقط الأرش ؛ لأنه أزال الملك عن الرقبة التي كانت متعلق الأرش باختياره ولا مال غيرها ، قال الإمام : وفيه احتمال أخذاً من استقلال المكاتب وثبوت حق السيد في ذمته .

وإن كان بيده مال . . ففي تعلق الأرش بما في يده وجهان :

أحدهما : المنع ؛ لأن الأرش كان متعلقاً بالرقبة وقد تلفت .

وأصحهما : التعلق ؛ لأن الأرش كان متعلقاً برقبته وبما في يده ، فلا يلزم من فوات أحدهما فوات الآخر .

ولو أدى النجوم فعتق . . لم يسقط الواجب ، كما لا يسقط فيما إذا جنى على أجنبي ثم عتق .

قال : (**وإن قتل أجنبياً أو قطعه فعفي علىٰ مال أو كان خطأ . . أخذ مما معه ومما سيكسبه الأقل من قيمته والأرش**) ، فإن كان الواجب مثل قيمته أو أقل . . أخذ قطعاً ، وإن كان أكثر . . فقولان :

أحدهما : أنه يطالب بتمام الأرش كالحر ، فله المطالبة ما دامت الكتابة باقية .

وأظهرهما : أنه لا يطالب إلا بقدر قيمته ؛ لأنه يملك تعجيز نفسه ، وإذا عجزها . . لم يبق للأرش تعلق سوىٰ رقبته .

وقوله : (الأقل من قيمته والأرش) هو الصواب ، ووقع في « المحرر » : أو الأرش بالألف ، والصواب حذفها كما نبه عليه في « الدقائق » ، قال : ولم يستعملها

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ وَسَأَلَ ٱلْمُسْتَحِقُّ تَعْجِيزَهُ . . عَجَّزَهُ ٱلْقَاضِي وَبِيعَ بِقَدْرِ ٱلْأَرْشِ ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ . . بَقِيَتْ فِيهِ ٱلْكِتَابَةُ ، وَلِلسَّيِّدِ فِدَاؤُهُ وَإِبْقَاؤُهُ مُكَاتَباً . وَلَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ ٱلْجِنَايَةِ أَوْ أَبْرَأَهُ . . عَتَقَ وَلَزِمَهُ ٱلْفِدَاءُ . . . .

في « المحرر » إلا في هـٰذا الموضع ، بخلاف غيره من المصنفين ؛ فإنهم يستعملونها وهو رديء . اهـ

ووقع هـٰذا الاستعمال في « الأم » و« المختصر » ، وقد ذكرها في « المحرر » في كتاب (النكاح) أيضاً في قوله : (أقل الأمرين من ألف ومهر مثلها) ، والعجب أن المصنف نبه عليها هناك .

قال : (**فإن لم يكن معه شيء وسأل المستحق تعجيزه . . عجزه القاضي وبيع بقدر الأرش**) أي : فقط إن زادت قيمته عليه ؛ لأنه القدر المحتاج إليه في الفداء .

قال : (**فإن بقي منه شيء . . بقيت فيه الكتابة**) ؛ لما في ذلك من الجمع بين الحقوق ، فإذا أدىٰ حصته من النجوم . . عتق منه ذلك القدر .

وكلام المصنف يقتضي : أنه لا يتولىٰ تعجيزه هنا إلا الحاكم ، وأنه لا بد أن يعجزه أولاً ، ثم يباع منه بقدر الأرش إذا لم يستغرق قيمته .

قال ابن الرفعة : وكلام « التنبيه » يفهم أنه لا حاجة إلى التعجيز ، بل نتبين بالبيع انفساخ الكتابة قبله كما نقول في بيع الرهن في أرش الجناية : لا يحتاج إلىٰ فك الرهن .

وقال القاضي حسين : للسيد أن يعجزه ، ويباع في الجناية أو يفديه ، وهو لا ينافي ما ذكرناه .

قال : (**وللسيد فداؤه وإبقاؤه مكاتباً**) ؛ لما فيه من الجمع بين الحقوق الثلاثة ، وعلىٰ مستحق الأرش القبول على المذهب ، وفيما يفديه به القولان .

قال : (**ولو أعتقه بعد الجناية**) أي : نفذناه وهو المذهب (**أو أبرأه . . عتق ولزمه الفداء**) ؛ لأنه فوت حق المجني عليه ، فهو كما لو قتله ، وفيما يفديه به السيد طريقان :

وَلَوْ قُتِلَ ٱلْمُكَاتَبُ . . بَطَلَتْ وَمَاتَ رَقِيقاً ، وَلِسَيِّدِهِ قِصَاصٌ عَلَىٰ قَاتِلِهِ ٱلْمُكَافِىءِ ، وَإِلاَّ . . فَٱلْقِيمَةُ . . . .

أحدهما : على القولين الجديد والقديم .

والثاني : بالأقل قطعاً .

نعم ؛ لو جنى السيد علىٰ طرفه . . استقر عليه الأرش .

ولو جنىٰ جنايات ثم عتق بأداء النجوم . . فالغرم على المكاتب ، وفيه قولان :

أحدهما : يلزمه لكل واحد منهم الأقل من قيمته وأرش جنايته .

وأصحهما : يلزمه للجميع الأقل من قيمته وأرش جناياتهم ؛ لأنها متعلقة بالرقبة ، فإذا أتلفها فقط . . وزعت القيمة علىٰ قدر الجنايات .

قال : (**ولو قتل المكاتب . . بطلت ومات رقيقاً**) ؛ لفوات محل الكتابة ، ولا يورث ، وتكون أكسابه لسيده ، وتجهيزه عليه ، سواء خلف وفاء بالنجوم أم لا ، وسواء كان الباقي قليلاً أم كثيراً .

قال : (**ولسيده قصاص علىٰ قاتله المكافىء**) كالقن ؛ لبقاء ملكه عليه .

قال : (**وإلا . . فالقيمة**) أي : إذا لم يكن القاتل مكافئاً له . . فالواجب عليه القيمة ؛ لتعذر القصاص ، لأنها جناية على عبد .

هـٰذا كله إذا قتله أجنبي ، فإن قتله سيده . . فليس عليه إلا الكفارة ، ولو قطع طرفه . . ضمنه ، قال الجرجاني : وليس لنا من لا يضمن شخصاً ويضمن طرفه غيره ، والفرق بطلان الكتابة بموته وبقاؤها مع قطع طرفه والأرش من أكسابه .

غريبة :

قال في « الشامل » : إذا ملك المكاتب أباه بوصية ثم إن المكاتب جنىٰ علىٰ أبيه فقطع يده مثلاً . . فإنه يقتص من المكاتب ؛ لأن حكم الأب معه كحكم الأجانب ؛ فإنه لا يملك منعه من التصرف فيه ، وجعلت حريته موقوفة علىٰ حريته ولا يعرف للشافعي مسألة يقتص من المالك للملوك إلا هـٰذه . اهـ

وحكى الروياني هـٰذا في « البحر » عن نصه في « الأم » ثم قال : فأوجب القصاص

وَيَسْتَقِلُّ بِكُلِّ تَصَرُّفٍ لاَ تَبَرُّعَ فِيهِ وَلاَ خَطَرَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، . . . .

على المكاتب بقتل مملوكه ، ولم يجعل ملكه عليه شبهة ، وهـٰذا غريب .

قال : (**ويستقل**) أي : المكاتب (**بكل تصرف لا تبرع فيه ولا خطر**) كالبيع والشراء و الإجارة ؛ لأن في ذلك تحصيلاً للغرض المقصود من الكتابة وهو العتق ، لـٰكنه لا يبيع بالنسيئة ، سواء باع بمثل قيمته أو أكثر ، وسواء استوثق بالرهن أو الكفيل أم لا ؛ لأنه لا يدري عاقبته ، كذا صححه الرافعي هنا ، وخالف في (الرهن) فجعل حكمه حكم ولي الطفل حتىٰ يصح على الأصح .

وإذا باع أو اشترىٰ . . لا يسلم ما في يده حتىٰ يتسلم العوض ؛ لأن رفع اليد عن المال بلا عوض نوع غرر ، كذا أطلقه الرافعي .

وقيده ابن الرفعة بما إذا كان العوض في غير المجلس ، وجزم فيما إذا كان فيه بالجواز ، ثمناً كان أو مثمناً ؛ لأن ذلك يعسر ضبطه .

وقال في « الأم » : ليس للمكاتب أن يرهن في سلف ولا غيره ، لأنه ليس له أن يتلف شيئاً من ماله ، ولأن الرهن غير مضمون ، وتبعه الجمهور علىٰ ذلك ، ووقع للشيخين اضطراب في المسألة مذكور في « المهمات » .

قال : (**وإلا . . فلا**) أي : لا يصح منه تصرف فيه تبرع كهبة أو إبراء أو بيع بمحاباة أو عتق أو كتابة أو شراء قريبه ؛ لأن أحكام الرق جارية عليه .

وكذلك : لا يتصرف بما فيه خطر كدفع ماله قراضاً ؛ فإنه قد يخون أو يموت فيضيع ، و له أن يأخذه قراضاً ؛ لأنه نوع تكسب ، ولأن الخطر علىٰ مالكه لا عليه .

وكذلك : ليس له أن يقرض ، وله أن يستقرض .

وكذلك : ليس له تعجيل الديون المؤجلة ؛ لما فيه من تفويت الانتفاع بالمال من غير ضرورة .

وضابط التبرعات المردودة : التي تحسب كلها من الثلث إذا تبرع بها المريض في مرض الموت .

قال الشيخ أبو محمد : ولا يحل له التبسط في الملابس والمآكل ، ولا يكلف فيها التقتير المفرط أيضاً ، وكذلك الحكم في السكن .

وَيَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ مَنْ يَعْتِقُ عَلَىٰ سَيِّدِهِ . . صَحَّ ؛ فَإِنْ عَجَزَ وَصَارَ لِسَيِّدِهِ . . عَتَقَ ، أَوْ عَلَيْهِ . . لَمْ يَصِحَّ بِلاَ إِذْنٍ ، . . . .

ولا اعتراض للسيد عليه فيما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومسكن ومن تلزمه نفقته من زوجة وولد ، ما لم يخرج في ذلك إلىٰ حد السرف .

قال : (**ويصح بإذن سيده في الأظهر**) ؛ لأن المنع إنما كان لحقه ، وقد زال بإذنه .

والثاني : لا ؛ لأنه ناقص الملك ، والسيد لا يملك ما في يده ، فلا يصح باجتماعهما ؛ نظراً إلىٰ حق الله تعالىٰ في العتق .

هـٰذا فيما عدا العتق والكتابة ، أما هما . . فسيأتي حكمهما ، وأما خلعه بالإذن . . **فالأظهر** : أنه على القولين ، وقيل بالمنع مطلقاً .

لـٰكن يستثنىٰ تبرعه علىٰ سيده ، فيصح قطعاً وإن لم يأذن له فيه ؛ اكتفاء بقبوله بعد إيجابه ، وهو نظير بيع المرهون من المرتهن من غير فك رهن .

ولو تبرع بأداء دين السيد علىٰ مكاتب آخر وقبله منه السيد . . صح على الأصح كما لو أذن .

قال : (**ولو اشترىٰ من يعتق علىٰ سيده . . صح**) ويكون الملك فيه للمكاتب .

قال : (**فإن عجز وصار لسيده . . عتق**) أي : فإن رق المكاتب . . صار القريب للسيد وعتق عليه ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

ولو اشترىٰ بعض من يعتق على السيد أو اتهبه أو قبل الوصية . . صح أيضاً ، وإذا رق . . عتق ذلك الشخص على السيد ، وهل يسري إلى الباقي إذا كان السيد موسراً؟ ينظر ، إن عجز المكاتب نفسه من غير اختيار سيده . . لم يسر كما لو ورث بعض قريبه ، وإن عجزه السيد . . فوجهان .

قال : (**أو عليه**) أي : اشترى المكاتب من يعتق عليه من أصوله أو فروعه ، أو كان حراً .

قال : (. . **لم يصح بلا إذن**) ؛ لتضمنه العتق وليس من أهله .

وَبِإِذْنٍ . . فِيهِ ٱلْقَوْلاَنِ ، فَإِنْ صَحَّ . . تَكَاتَبَ عَلَيْهِ ، وَلاَ يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ وَكِتَابَتُهُ بِإِذْنٍ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ .

فَصْلٌ :

ٱلْكِتَابَةُ ٱلْفَاسِدَةُ لِشَرْطٍ أَوْ عِوَضٍ أَوْ أَجَلٍ فَاسِدٍ كَٱلصَّحِيحَةِ فِي ٱسْتِقْلاَلِهِ بِكَسْبٍ

قال : (**وبإذن . . فيه القولان**) اللذان في تبرعاته ، ومقتضاه الصحة كما سلف ، وعن ابن سريج : يصح قطعاً ؛ لأن فيه صلة رحم ، وضعف بأنه لو كان مقصوداً . . لجاز بدون الإذن .

قال : (**فإن صح**) أي : الشراء (. . **تكاتب عليه**) فيعتق إذا عتق ، ويرق برقه ، وفيه وجه حكاه الماوردي وغيره ، وزيفه الإمام .

قال : (**ولا يصح إعتاقه وكتابته بإذن على المذهب**) ؛ لتضمنه الولاء وليس أهلاً له ، وسبق أنه لا يصح إعتاق المكاتب عبده بلا خلاف .

والثاني : يصح ؛ عملاً بالإذن ، ويوقف الولاء ، إن عتق . . كان له ، وإلا . . فللسيد.

والطريق الثاني : القطع بالأول .

هـٰذا في إعتاقه عن نفسه ، فلو أعتق عن سيده أو غيره بإذن السيد . . فهو كسائر التبرعات بالإذن ، فيصح على الأظهر ، ولا تأتي فيه الطريقة القاطعة بالمنع ؛ لأن المعتق عنه من أهل الولاء ، ولو أعتق عن غيره بعوض المثل . . صح قطعاً ؛ لأنه بيع .

تتمة :

لا يصح إبراؤه عن الديون ، ولا هبته مجاناً ، ولا يشترط الثواب ؛ لأن في قدره اختلافاً بين العلماء فقد يحكم حاكم بشيء قليل ، ولأن الثواب إنما يستقر بإقباض الموهوب ، وفيه خطر .

ووصيته باطلة ، سواء أوصىٰ بعين أو بثلث ماله ؛ لأن ملكه غير تام .

قال : (**فصل :**

الكتابة الفاسدة لشرط أو عوض أو أجل فاسد كالصحيحة في استقلاله بكسب

وأخذ أرش جناية عليه ومهر شبهة) تقدم أن الكتابة تنقسم إلىٰ باطلة وفاسدة :

فالباطلة : التي اختل بعض أركانها بأن كان السيد صبياً ، أو مجنوناً ، أو مكرهاً ، أو كان العبد كذلك ، أو لم يجر ذكر العوض ، أو ذكر ما لا يقصد ولا مالية له كالدم والحشرات ، أو اختلت الصيغة بأن فقد الإيجاب والقبول .

والفاسدة : التي انتفت صحتها لفوات شرط في العوض ، أو لشرط فاسد بأن كان العوض خمراً أو خنزيراً ، أو لم يؤجله ، أو كاتب بعض العبد .

وحكم الباطلة الإلغاء كما تقدم ، إلا أنه إذا صرح بالتعليق وهو ممن يصح تعليقه . . يحكم بمقتضاه .

والفاسدة تشارك الصحيحة في بعض الأحكام وتفارقها في بعض :

فأشار المصنف بقوله : (الشرط) كما إذا شرط أن أكسابه مشتركة بينهما ، أو عتقه يتأخر عن الأداء ، أو كاتب جماعة واشترط عليهم أن يتكفل بعضهم بدين بعض ، أو نحو ذلك .

وبقوله : (أو عوض أو أجل) إلىٰ ما إذا كاتبه علىٰ خمر ، أو خنزير ، أو ميتة ، أو مجهول ، أو إلىٰ أجل مجهول ، ، أو جعله نجماً واحداً .

وقوله : (فاسد) يعود إلى الثلاثة ، واحترز بذلك عن الشرط الصحيح كشرط العتق عند الأداء و استقلاله بالكسب .

وقوله : (كالصحيحة في استقلاله بكسب) أراد به أنه يعتق فيها بالأداء كالصحيحة .

والأداء إنما يكون من الكسب ، ولأن مقصود الكتابة العتق ، وهو لا يبطل بالتعليق علىٰ فاسد ، ولهـٰذا خالف البيع وغيره من العقود ، قال البندنيجي : وليس لنا عقد فاسد يملك فيه كالصحيح إلا هـٰذا .

وقوله : (وأخذ أرش جناية عليه ومهر شبهة) ليستعين بهما في كتابته .

قال : (**وفي أنه يعتق بالأداء**) أي : أداء المسمىٰ ؛ لوجود الصفة التي علق العتق عليها .

وَيَتْبَعُهُ كَسْبُهُ ، وَكَالتَّعْلِيقِ فِي أَنَّهُ لاَ يَعْتِقُ بِإِبْرَاءٍ ، وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ ، وَلاَ يُصْرَفُ إِلَيْهِ مِنْ سَهْمِ الْمُكَاتَبِينَ ، وَتُخَالِفُهُمَا فِي أَنَّ لِلسَّيِّدِ فَسْخَهَا ،

وكان ينبغي أن يقول : بالأداء إلى السيد ؛ فإنه لا يعتق بالاعتياض ، ولا بالأداء إلى الوارث والوصي .

قال : (**ويتبعه كسبه**) كما في الصحيحة ؛ لأنه ملكه ، وكذلك يتبعها ولدها على المذهب .

وذكر الإمام والغزالي أنها كالصحيحة أيضاً في سقوط نفقته عن السيد ووجوبها علىٰ نفسه ، والمذكور في « فتاوى القفال » : أنه يستحق النفقة على السيد ، ويؤيده أن الرافعي وغيره جزموا بأن فطرته علىٰ سيده .

والمغلب على الكتابة الصحيحة المعاوضة وإن كانت مشتملة على التعليق ، والمغلب على الفاسدة التعليق وإن اشتملت علىٰ عوض .

قال : (**وكالتعليق في أنه لا يعتق بإبراء**) ؛ لأن المعلق عليه لم يوجد ، وكذلك إن أدى الغير عنه كما تقدم .

قال : (**وتبطل بموت سيده**) ؛ لانتقال الملك فيه إلى الوارث ، فإذا أدىٰ إلى الوارث . . لم يعتق ، بخلاف الصحيحة ؛ فإنها لا تبطل بموت السيد .

فإن كان قال : إن أديت إلىٰ وارثي بعد موتي كذا فأنت حر . . عتق بالأداء .

قال : (**وتصح الوصية برقبته**) إن علم فسادها قطعاً ، وكذا إن ظنها على الأظهر كما لو باع ما ظنه لغيره وهو له ، وهـٰذا بخلاف الصحيحة ؛ فإنه إذا أوصىٰ برقبته . . لم يصح على الجديد .

قال : (**ولا يصرف إليه من سهم المكاتبين**) ؛ لأنها غير لازمة ، والقبض بها غير موثوق به .

وفي وجه حكاه القاضي حسين : يصرف له من ذلك ؛ لأنها من الأكساب التي يتوصل بها إلى العتق .

قال : (**وتخالفهما**) أي : تخالف الكتابة الصحيحة والتعليق (**في أن للسيد فسخها**) ؛ لأنه لم يسلم له العوض .

وَأَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ مَا يَأْخُذُهُ ، بَلْ يَرْجِعُ ٱلْمُكَاتَبُ بِهِ إِنْ كَانَ مُتَقَوَّماً ، وَهُوَ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ ٱلْعِتْقِ ، فَإِنْ تَجَانَسَا . فَأَقْوَالُ ٱلتَّقَاصِّ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ ٱلْفَضْلِ بِهِ . . . . .

ويفسخها بالفعل كالبيع ونحوه ، وبالقول كأبطلت كتابته أو فسختها ونحو ذلك ، ثم إن شاء . . فسخ بنفسه أو بالحاكم ، ولا يبطلها القاضي بغير إذن السيد ، فإذا فسخها أو حكم الحاكم بإبطالها ثم أدى المسمىٰ . . لم يعتق ؛ لأنه وإن كان تعليقاً . . فهو في ضمن معاوضة ، وقد ارتفعت فارتفع ما تضمنته من التعليق .

قال : (**وأنه لا يملك ما يأخذه ، بل يرجع المكاتب به إن كان متقوماً ، وهو عليه بقيمته يوم العتق**) أشار إلىٰ أنه إذا أدى العبد المسمىٰ في الكتابة الفاسدة وحصل العتق . . فيرجع على السيد بما أدىٰ ؛ لأنه لم يملكه ، ويرجع السيد عليه بقيمة رقبته ؛ لأن فيها معنى المعاوضة ، وقد تلف المعقود عليه بالعتق ، فهو كما لو تلف المبيع بيعاً فاسداً في يد المشتري . . يرجع على البائع بما أدىٰ ، ويرجع البائع عليه بالقيمة ، والاعتبار بقيمة يوم العتق ؛ فإنه يوم التلف .

وقيل : تعتبر قيمة يوم العقد كما في الكتابة الصحيحة ؛ لأنه وقت الحيلولة ، وهٰهنا تحصل الحيلولة بالعتق .

وإذا هلك المسمىٰ في يد السيد بسبب . . رجع العتيق بمثله أو قيمته ، فإن كان المسمىٰ لا قيمة له كخمر أو خنزير . . لم يرجع العتيق على السيد بشيء ، وهو يرجع على العتيق بقيمة رقبته ، واحترز المصنف عنه بقوله : (متقوماً) ، ولم يرد بالمتقوم قسيم المثل ، فذلك يرجع به جزماً .

قال : (**فإن تجانسا**) أي : كالأثمان ونحوها .

قال : (. . **فأقوال التقاص**) التي أحال عليها « المحرر » ولم يذكرها ، وستأتي في كلام المصنف .

قال : (**ويرجع صاحب الفضل به**) ؛ لأنه حقه .

وحقيقة أقوال التقاص : أن يثبت لكل من شخصين على الآخر دين بجهة واحدة أو جهتين ، فإن كانا نقدا أو اتفقا جنساً وحلولاً وسائر الصفات . . فالأظهر : يحصل التقاص بنفس ثبوت الدينين ، وباقي الأقوال مذكورة في الكتاب .

قُلْتُ : أَصَحُّ أَقْوَالِ ٱلتَّقَاصِّ : سُقُوطُ أَحَدِ ٱلدَّيْنَيْنِ بِٱلآخَرِ بِلاَ رِضاً ، وَٱلثَّانِي : بِرِضَاهُمَا ، وَٱلثَّالِثُ : بِرِضَا أَحَدِهِمَا ، وَٱلرَّابِعُ : لاَ يَسْقُطُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . . .

وإن اختلفا جنساً أو صفة كصحة وتكسير وحلول وتأجيل أو في قدر الأجل . . فلا تقاص جزماً .

وأما غير النقدين . . فالمذهب لا تقاص ، وقيل : على الأقوال .

مهمة :

تراضيا علىٰ جعل الحال تقاصا عن المؤجل . . قال الشيخان : لا يجوز كما في الحوالة ، وحكىٰ أبو الفرج الزاز فيها وجهاً مستغرباً ، والوجه الذي استغرباه هو مذهب الشافعي المنصوص في « الأم » في (باب الجناية على المكاتب) ، ولأجل ذلك قال البندنيجي : إن الأصحاب يخالفون نصوص الشافعي لا عن قصد ، ولٰكن لقلة نظرهم في كتبه .

قال : (**قلت : أصح أقوال التقاص : سقوط أحد الدينين بالآخر بلا رضاً**) ؛ إذ لا فائدة فيه ؛ لأنه مطالبة كل واحد منهما بمثل ما عليه .

قال : (**والثاني : برضاهما**) ؛ لأنه إبدال ذمة بذمة فأشبه الحوالة يعتبر فيها رضا المحيل والمحتال .

قال : (**والثالث : برضا أحدهما**) ؛ لأن للمديون أن يقضي من حيث شاء ، فإذا رضي أحدهما . . فقد وجد القضاء منه .

قال : (**والرابع : لا يسقط والله أعلم**) أي : وإن رضيا ؛ لأنه بيع دين بدين ، وقد ورد النهي عنه .

وإذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب وبرئت ذمته عن النجوم . . عتق كما لو أدىٰ .

فائدة :

الكتابة الصحيحة تفارق الفاسدة في صور : منها ما تقدم أن للسيد فسخها ، ولا يملك ما يأخذه ، وليس له السفر بلا إذن على الأصح ، ولا يجب فيها الإيتاء على

وَإِنْ فَسَخَهَا ٱلسَّيِّدُ . . فَلْيُشْهِدْ ، فَلَوْ أَدَّى ٱلْمَالَ فَقَالَ ٱلسَّيِّدُ : كُنْتُ فَسَخْتُ فَأَنْكَرَهُ . . صُدِّقَ ٱلْعَبْدُ بِيَمِينِهِ ، وَٱلأَصَحُّ : بُطْلاَنُ ٱلْفَاسِدَةِ بِجُنُونِ ٱلسَّيِّدِ وَإِغْمَائِهِ وَٱلْحَجْرِ عَلَيْهِ ، لاَ بِجُنُونِ ٱلْعَبْدِ ، . . . .

الصحيح ، ولا تصح الوصية بنجومها ، وإذا أعتقه أو وهبه . . كان فسخاً ، وإذا عتق عن جهة الكتابة . . لا يتبعهالكسب والولد[1] ، وهو في الالتقاط كالقن على الصحيح ، وتبطل بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه كما سيأتي .

ولا يعامل سيده علىٰ أقوى الوجهين وهو القياس ، وفطرته علىٰ سيده كالقن ، ولا يعتق بتعجيل نجومها على الأصح ، وإذا عجزت عن الأداء فيها أو فسخ الكتابة قبل عجزها . . لم يجب الاستبراء على الصحيح .

ولا تصح حوالته لسيده بالنجوم ؛ لوضوح الفرق بين الكتابتين ، قاله بعض المتأخرين .

قال : (**وإن فسخها السيد . . فليشهد**) احتياطاً وتحرزاً من التجاحد ، لا أن الإشهاد شرط للفسخ كما قاله الماوردي وغيره .

قال : (**فلو أدى المال فقال السيد : كنت فسخت فأنكره . . صدق العبد بيمينه**) ؛ لأن الأصل عدم الفسخ ، وعلى السيد البينة .

قال : (**والأصح : بطلان الفاسدة بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه ، لا بجنون العبد**) ؛ لأن الحظ في الكتابة للعبد لا للسيد .

والثاني : بطلانها بجنونهما ؛ لجوازها من الطرفين كالشركة والوكالة ، ولا يبعد ترجيحه .

والثالث : لا فيهما ؛ لأن المغلب فيهما التعليق ، وهو لا يبطل بالجنون .

ولفظ (الإغماء) من زياداته علىٰ « المحرر » ، ولو اقتصر عليه . . لفهم الجنون من باب أولىٰ .

وشمل قوله : (الحجر عليه) حجر السفه والفلس ، وإنما صرحوا بالأول ، وإذا

---

(١) في هامش (ص) : (تقدم قريباً : أنه يتبعه كسبه ، ويتبعها ولدها ، وهـٰذا مخالف لذاك) اهـ

فَلَوِ ٱدَّعَىٰ كِتَابَةً فَأَنْكَرَهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَارِثُهُ . . صُدِّقَا ، وَيَحْلِفُ ٱلْوَارِثُ عَلَىٰ نَفْيِ ٱلْعِلْمِ . وَلَوِ ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِ ٱلنُّجُومِ أَوْ صِفَتِهَا . . تَحَالَفَا ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبَضَ مَا يَدَّعِيهِ . . لَمْ تَنْفَسِخِ ٱلْكِتَابَةُ فِي ٱلْأَصَحِّ ، بَلْ إِنْ لَمْ يَتَّفِقَا . . فَسَخَ ٱلْقَاضِي ، وَإِنْ كَانَ قَبَضَهُ وَقَالَ ٱلْمُكَاتَبُ : بَعْضُ ٱلْمَقْبُوضِ وَدِيعَةٌ . . عَتَقَ ، . . . .

قلنا : يبطل ، فأدى المسمىٰ . . لم يعتق في الأصح ؛ لارتفاعها .

قال : (**فلو ادعىٰ كتابة فأنكره سيده أو وارثه . . صدقا**) ؛ لأن الأصل عدمها .

قال : (**ويحلف الوارث علىٰ نفي العلم**) أي : والسيد على البت كسائر الحقوق المدعي بها ، فلو ادعى السيد الكتابة وأنكرها العبد . . ففي « كتاب ابن كج » : إن لم يعترف بأداء المال والسيد بالقبض . . عاد رقيقاً ، ويكون إنكاره تعجيزاً لنفسه ، وإن اعترف بالقبض وأنه عتق . . فهو حر .

قال : (**ولو اختلفا في قدر النجوم أو صفتها . . تحالفا**) كما في البيع وغيره .

وينبغي أن يكون مراده : الاختلاف في القدر الزائد على الواجب ، فلو قال السيد : كاتبتك علىٰ نجم ، فقال : بل علىٰ نجمين . . فالمنصوص : أنهما يتحالفان ، قال البغوي : صدق السيد بيمينه ؛ لأنه يدعي فساد العقد ، وأقره الشيخان عليه ، ولعل البغوي إنما قاله ؛ لأنه يرىٰ في البيع أن القول قول مدعي الفساد ، وهو خلاف الأصح المنصوص .

قال : (**ثم**) أي : بعد التحالف (**إن لم يكن قبض ما يدعيه**) أي : السيد (**. . لم تنفسخ الكتابة في الأصح**) ؛ قياساً على البيع ، والنبي صلى الله عليه وسلم أثبت للمتبايعين التخاير بعد التحالف .

والثاني : تنفسخ ؛ لأن العقد انتهىٰ إلى النزاع ، فكأنه لم يكن .

قال : (**بل إن لم يتفقا . . فسخ القاضي**)؛ لأنه يحتاج إلىٰ نظر واجتهاد ، كذا جزم به الشيخان هنا تبعاً لجماعة ، وحكيا في نظيره من البيع التخيير بين القاضي ، أو هما أو أحدهما ، والفرق : أن الفسخ هنا غير منصوص عليه ، بل مجتهد فيه فأشبه العنة .

قال : (**وإن كان قبضه وقال المكاتب : بعض المقبوض وديعة . . عتق**) ؛ لاتفاقهما على وقوع العتق على التقديرين .

وَرَجَعَ هُوَ بِمَا أَدَّىٰ ، وَٱلسَّيِّدُ بِقِيمَتِهِ ، وَقَدْ يَتَقَاصَّانِ . وَلَوْ قَالَ : كَاتَبْتُكَ وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيَّ فَأَنكَرَ ٱلْعَبْدُ . . صُدِّقَ ٱلسَّيِّدُ إِنْ عُرِفَ سَبْقُ مَا ٱدَّعَاهُ ، وَإِلاَّ . . فَٱلْعَبْدُ . وَلَوْ قَالَ ٱلسَّيِّدُ : وَضَعْتُ عَنْكَ ٱلنَّجْمَ ٱلأَوَّلَ ، أَوْ قَالَ : ٱلْبَعْضَ ، فَقَالَ : بَلِ ٱلآخِرَ أَوِ ٱلْكُلَّ . . صُدِّقَ ٱلسَّيِّدُ . . . .

قال : (**ورجع هو بما أدىٰ**) أي : جميعه (**والسيد بقيمته ، وقد يتقاصان**) عند وجود شرطه السالف .

قال : (**ولو قال : كاتبتك وأنا مجنون أو محجور علي فأنكر العبد**) بأن قال : كاتبتني وأنت كامل .

قال : (. . **صدق السيد إن عرف سبق ما ادعاه**) ؛ لقوة جانبه وضعف جانب العبد ، وقد تقدم في (البيع) : أن هـٰذا يستثنىٰ من قولهم : القول قول مدعي الصحة .

قال : (**وإلا . . فالعبد**) أي : وإن لم يعرف سبقه . . صدق العبد ؛ لضعف جانب السيد ، والأصل عدم ما ادعاه ، كذا جزموا به ، وكان ينبغي تخريج الأولىٰ علىٰ خلاف دعوى الصحة والفساد ، حتىٰ يكون القول قول العبد ؛ لأنه يدعي الصحة .

ويشهد له قوله في (كتاب النكاح) : لو زوج ابنته ثم قال : كنت مجنوناً أو محجوراً يوم تزويجها ، وأنكر الزوج ، فإن لم يعهد ذلك . . فالقول قول الزوج ؛ لأن الظاهر جريان النكاح ، وإن عهد له ما يدعيه . . فوجهان .

قال : (**ولو قال السيد : وضعت عنك النجم الأول ، أو قال : البعض ، فقال : بل الآخر أو الكل . . صدق السيد**) أي : بيمينه ؛ لأنه أعرف بمراده وفعله .

لـٰكنه أدخل الألف واللام على البعض والكل ، وتقدم أن ذلك قليل .

والذي جزم به المصنف هنا نقله في « الشرحين » عن البغوي خاصة ، وهو المنصوص في « الأم » صريحاً .

وفائدة اختلافهما هنا ترجع إلى اختلاف النجمين في القدر لا إلى التقديم والتأخير .

وَلَوْ مَاتَ عَنِ ٱبْنَيْنِ وَعَبْدٍ فَقَالَ : كَاتَبَنِي أَبُوكُمَا ، فَإِنْ أَنْكَرَا . . صُدِّقَا ، وَإِنْ صَدَّقَاهُ . . فَمُكَاتَبٌ ، فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ . . لَمْ يَعْتِقْ فِي ٱلْأَصَحِّ ، بَلْ يُوقَفُ ، فَإِنْ أَدَّىٰ نَصِيبَ ٱلآخَرِ . . عَتَقَ كُلُّهُ وَوَلاَؤُهُ لِلأَبِ ، وَإِنْ عَجَزَ . . قُوِّمَ عَلَى ٱلْمُعْتِقِ إِنْ كَانَ مُوسِراً ، . . . .

قال : (**ولو مات عن ابنين وعبد فقال : كاتبني أبوكما ، فإن أنكرا . . صدقا**) أي : بيمينهما علىٰ نفي العلم بكتابة الأب ، فإن حلفا . . فذاك ، وإن نكلا و حلف العبد اليمين المردودة . . ثبتت الكتابة ، وإن حلف أحدهما دون الآخر . . ثبت الرق في نصيبه ، وترد اليمين في نصيب الناكل .

وإذا أراد إقامة البينة . . احتاج إلىٰ شهادة عدلين ؛ لأن مقصود الكتابة العتق دون المال ، وهـٰذه المسألة تقدمت في قول المصنف : (ولو ادعىٰ كتابة فأنكره سيده أو وارثه) لـٰكن أعادها هنا لضرورة التقسيم .

قال : (**وإن صدقاه . . فمكاتب**) عملاً بقولهما ، هـٰذا إذا كانا أهلاً للتصديق ، والمراد : أن حكمه حكم المكاتب إذا مات سيده وترك ابنين ؛ فإنهما يقومان مقامه في أنهما إذا استوفيا أو أعتقا أو أبرآه . . عتق .

قال : (**فإن أعتق أحدهما نصيبه . . لم يعتق في الأصح**) ؛ لعدم تمام ملكه .

قال : (**بل يوقف ، فإن أدىٰ نصيب الآخر . . عتق كله**) هـٰذا هو الأصح في « المحرر » تبعاً للبغوي .

والمصحح في « الشرحين » و« الروضة » : أنه يعتق ، لا جرم استدركه المصنف كما سيأتي ، وكان ينبغي أن يعبر بالأظهر كما ذكره في الزيادة ؛ فإن الخلاف قولان .

قال : (**وولاؤه للأب**) ؛ لأنه عتق بحكم كتابته ، ثم ينتقل إليهما بالعصوبة ، وقيل للابن .

قال : (**وإن عجز . . قوم على المعتق إن كان موسراً**) أي : وبطلت كتابة الأب ، وكان ولاء الجميع للابن ، وإن كان قد أبرأه عن نصيبه من النجوم . . لم يعتق شيء منه بالعجز ؛ لأن الكتابة تبطل بالعجز ، والعتق في غير الكتابة لا يحصل بالإبراء ، كل هـٰذا تفريع علىٰ قول الوقف .

وَإِلاَّ . . فَنَصِيبُهُ حُرٌّ ، وَٱلْبَاقِي قِنٌّ لِلآخَرِ . قُلْتُ : بَلِ ٱلأَظْهَرُ : ٱلْعِتْقُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا . . فَنَصِيبُهُ مُكَاتَبٌ ، وَنَصِيبُ ٱلْمُكَذِّبِ قِنٌّ ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ ٱلْمُصَدِّقُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُوسِراً . . . .

قال : (**وإلا . . فنصيبه حر ، والباقي قن للآخر**) ؛ لتعذر السراية بالإعسار .

قال : (**قلت : بل الأظهر : العتق والله أعلم**) وكذلك الحكم لو أبرأه أحدهما عن نصيبه من النجوم .

وعند أبي حنيفة والمزني : لا يعتق نصيبه بالإبراء حتىٰ يبرئه الآخر ويستوفي نصيبه ، كما لو كان الأب حياً فأبرأه عن بعض النجوم .

فعلىٰ هـٰذا : إن كان الذي أعتق نصيبه أو أبرأ معسراً . . بقيت الكتابة في نصيب الآخر ، فإن عجز . . عاد قناً ، فإن أدىٰ وعتق . . فولاؤه للأب ، والأصح : أن ولاء نصيب الأول للأب أيضاً .

وإن كان موسراً . . فالأصح : لا سراية ، وفي قول : يسري ، فعلىٰ هـٰذا : هل يسري في الحال ، أو عند العجز؟ قولان : أظهرهما : الثاني .

قال : (**وإن صدقه أحدهما . . فنصيبه مكاتب**) ؛ لأنه أقر بما يضره ، فقبل إقراره فيه ، واغتفر التبعيض ؛ فإن الضرورة أدت إليه كما لو أوصىٰ أن يكاتب عبده عنه فلم يخرج إلا بعضه من الثلث ، بخلاف التبعيض في الابتداء ؛ فإنه ممتنع .

وخرج بعضهم قولاً : إن الكتابة لا تثبت فيه ؛ لأنها لا تتبعض .

قال : (**ونصيب المكذب قن**) ؛ استصحاباً لأصل الرق ، والمراد : إذا حلف . . فيكون نصف الكسب له ، ونصفه للمكاتب يصرفه إلىٰ جهة النجوم .

قال : (**فإن أعتقه المصدق . . فالمذهب : أنه يقوم عليه إن كان موسراً**) اتفقوا علىٰ أن المصدق إذا أعتق نصيبه . . عتق ، وهل يسري؟ فيه طريقان ، قال الأكثرون : في السراية قولان :

أحدهما : لا ؛ لأنه عتق علىٰ أبيه دونه .

والثاني : نعم ، ويقوم عليه ؛ لأنه شريك موسر أعتق باختياره .

واحترز بقوله : (أعتقه) عما إذا أبرأه عن نصيبه من النجوم . . فإن المذهب فيه :

. . . .

عدم السراية ، وعما إذا أدىٰ نصيب المصدق إليه . . فلا سراية جزماً ، وإذا قلنا بالسراية . . تثبت هنا في الحال ، ولا يأتي القول الآخر ؛ لأن صاحبه منكر للكتابة .

وقيل : تثبت السراية في الحال قطعاً ؛ لأن منكر الكتابة يقول : هو رقيق لهما ، فإذا أعتق صاحبه . . ثبتت السراية .

تتمة :

استشكل جماعة السراية من جهة أن نصيب المصدق محكوم في الظاهر بأنه مكاتب ، والمصدق لم يعترف بغير ذلك ، ويزعم أن نصيب شريكه مكاتب أيضاً ، ومقتضىٰ كونه مكاتباً : أن لا يسري ، فكيف يلزم المصدق حكم السراية مع أنه لم يعترف بموجبها؟ وأجاب الشيخ عنه بأن المكذب يزعم أن الجميع قن ، ومقتضىٰ ذلك : أن إعتاق شريكه نافذ سار ، كما لو قال لشريكه في العبد القن : أنت أعتقت نصيبك وأنت موسر . . فإنا نؤاخذه ، ونحكم بالسراية إلىٰ نصيبه ، لٰكنا هناك لا نلزم شريكه القيمة ؛ لعدم ثبوت إعتاقه بالإقرار ، وهنا لما ثبتت السراية بإقرار المكذب وهي من أثر إعتاق المصدق وإعتاقه ثابت . . فهو بإعتاقه متلف لنصيب شريكه بالطريق المذكور ، فيضمن قيمة ما أتلفه .

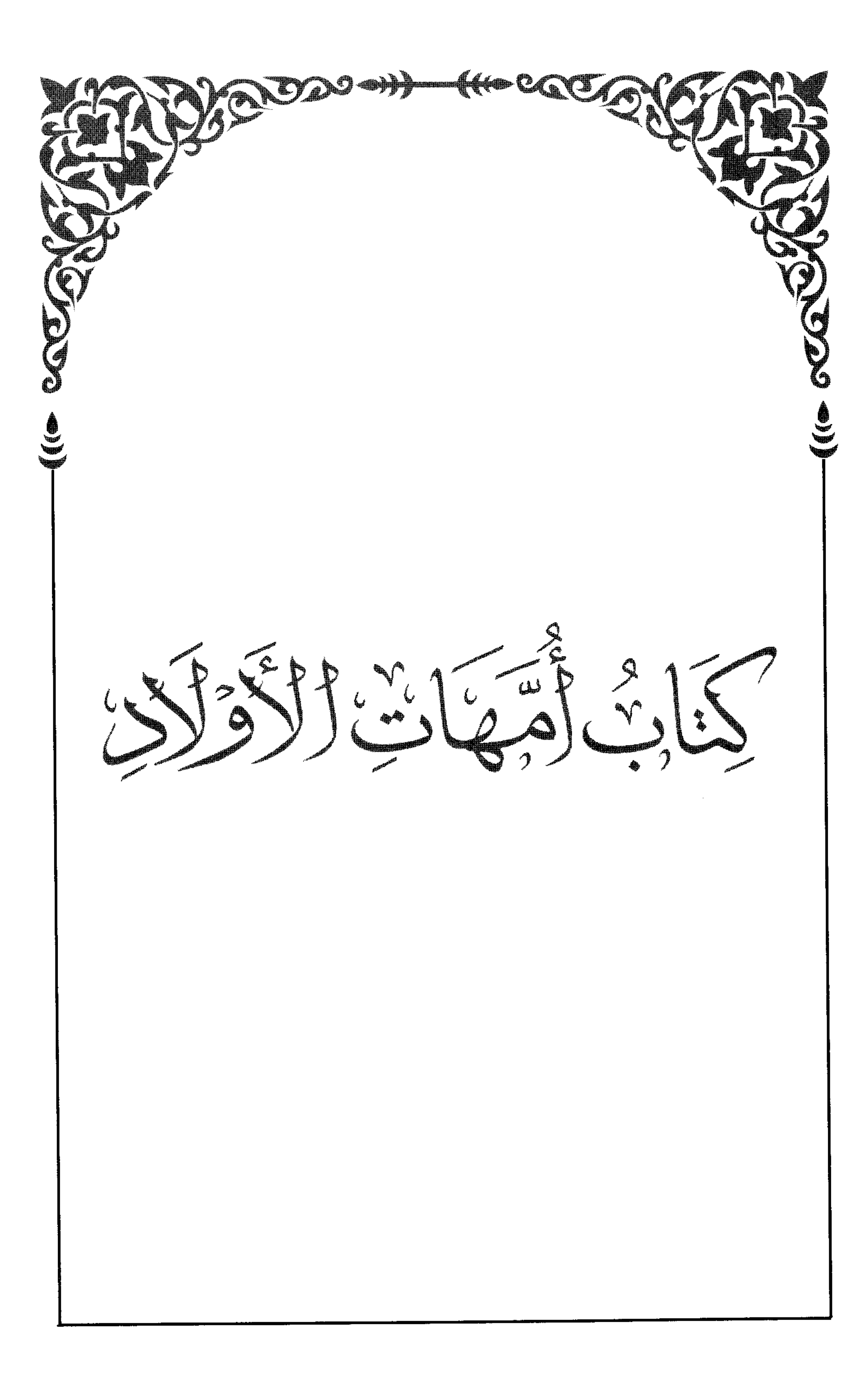
* * *

خاتمة

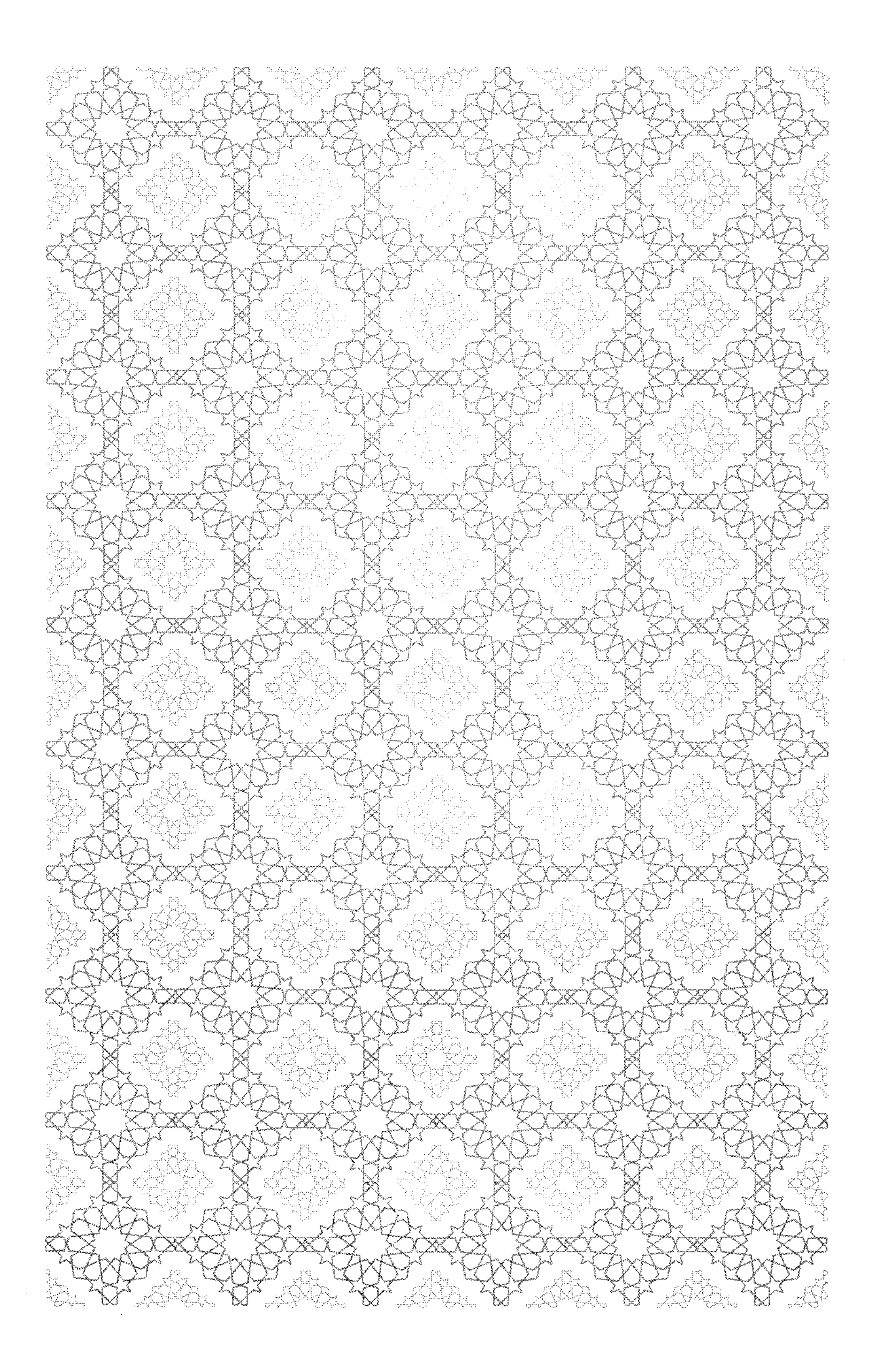
سبق أن سيد المكاتب إذا مات . . تبقى الكتابة ويعتق المكاتب بالأداء إلى الوارث ، فلو كان له وارثان . . لم يعتق إلا بأداء حقهما ، فإن كان الوارث صغيراً أو مجنوناً . . لم يعتق إلا بالدفع إلىٰ وليه ، فإن كان له وصيان . . لم يعتق إلا بالدفع إليهما ، إلا إذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال .

ولو نكح الابن مكاتبة أبيه ، ثم مات الأب وورثه الابن . . انفسخ النكاح ، وكذا لو مات السيد وابنته تحت مكاتبه فورثت زوجها ، أو اشترى المكاتب زوجته ، أو اشترت المكاتبة زوجها . . انفسخ النكاح .

* * *



كِتَابُ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ



كِتَابُ أُمَّهَاتِ ٱلأَوْلَادِ

. . . .

كتاب أمهات الأولاد

ختم المصنف كتابه بأبواب العتق ؛ رجاء أن الله تعالىٰ يعتقه وقارئه من النار ، وأخر هٰذا الباب ؛ لأنه عتق قهري مشوب بقضاء أوطار ، ولذلك توقف الشيخ عز الدين في كتاب « الشجرة » في كون الاستيلاد قربة(١) .

و(الأمهات) : جمع أم ، وتقدم في أول (باب ما يحرم من النكاح) أن الأكثر في جمعها : أمهات كما عبر به المصنف ، ويجوز أمات علىٰ قلة ، هٰذا في الأناسي ، فأما في غيرها . . فبالعكس ، أنشد الزمخشري في تفسير قوله تعالىٰ : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ ﴾(٢) للمأمون بن الرشيد [من البسيط] :

وإنما أمهات الناس أوعية ... مستودعات وللآباء أبناء

وافتتح الباب في « المحرر » بقوله : روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في مارية حين ولدت : « أعتقها ولدها » قال الحاكم [٢/ ١٩] في (كتاب الورع) من « مستدركه » : إنه صحيح الإسناد ، وصححه ابن حزم [المحلى ٩/ ١٨] أيضاً ، لٰكن ابن ماجه [٢٥١٦] رواه بإسناد ضعيف ، واستشهد البيهقي [٦/ ١٦٠] بقول عائشة : (ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً ولا درهماً ولا عبداً ولا أمة) فدل علىٰ أن مارية عتقت(٣) بموته صلى الله عليه وسلم .

---

(١) في هامش (ت) : (وجه التوقف : عدم رضاه في الباطن غالباً بما حكم الله به من امتناع بيعه إياها ، وعدم صحة البيع) .

(٢) في هامش (د) : (فإن قلت: لم قيل: ﴿ ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ ﴾ دون الوالد . . قلت : ليعلم أن الوالدات إنما ولدن لهم ؛ لأن الأولاد للآباء ولذلك ينسبون إليهم لا إلى الأمهات . «كشاف»[١/ ٣٠٧]) .

(٣) في هامش (د) : (إذا كان في يد الكافر عبد كافر فأسلم . . لم يزل ملكه عنه بلا خلاف ، ولٰكن لا يقر في يده ، بل يؤمر بإزالة ملكه عنه ببيع أو هبة أوعتق أو غيرها ، ولا يكفي الرهن=

. . . .

ومعنىٰ قوله : (أعتقها ولدها) : أنه أثبت لها حرمة الحرية ، لا أنها عتقت حقيقة .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٢٢٩ـ م ١٤٣٨/١٢٥] عن أبي موسىٰ : قلنا يا رسول الله ؛ إنا نأتي السبايا ونحب أثمانهن فما ترىٰ في العزل؟ فقال : « ما عليكم أن لا تفعلوا ، ما من نسمة كائنة إلىٰ يوم القيامة إلا وهي كائنة » .

ففي قوله : (ونحب أثمانهن) دليل علىٰ أن بيعهن بالاستيلاد ممتنع[1] .

وأجمعوا علىٰ أن ولد الرجل من أمته ينعقد حراً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أشراط الساعة : أن تلد الأمة ربتها »[2] فأقام الولد مقام أبيه ، والأب حر فكذلك الولد ، ولا ولاء عليه لأحد ؛ لأن مانع الرق قارن سبب الملك فدفعه ، بخلاف ما لو اشترىٰ زوجته الحامل منه . . فإن الولد يعتق عليه وولاؤه له .

وتظهر فائدة ولائه فيما لو أوصىٰ لموالي فلان . . فإنه يدخل ، وفي تحمل العقل ؛ فإن المولىٰ يتحمله والأب لا يتحمله .

= والتزويج والإجارة والحيلولة ، وفي الكتابة قولان : أصحهما : الاكتفاء بها ، وتكون كتابة صحيحة ، ثم إن جوزنا بيع المكاتب بيع مكاتباً ، وإلا . . فسخت الكتابة وبيع ، ولو امتنع من إزالة ملكه . . باعه الحاكم عليه بثمن مثله كما يبيع مال من امتنع من أداء الحق ، فإن لم يجد مشترياً بثمن مثله . . صبر إلى أن يوجد وحال بينه وبينه ، ويُستكتب لمالكه ، وتؤخذ نفقته منه .

وأما إذا أسلمت مستولدة كافر . . فلا سبيل إلىٰ نقلها إلىٰ غيره ببيع ولا هبة ونحوهما ، وهل يجبر علىٰ إعتاقها؟ الصحيح : لا يجبر ، بل يحال بينهما وينفق عليها وتستكتب له في يد مسلم .

ولو مات كافر قد أسلم عبده في يده . . صار لوارثه وأمر بما كان يؤمر به مورّثه ، فإن امتثل وإلا . . بيع عليه والله أعلم) .

(١) في هامش (ز) : (قال البيهقي [في « الكبرى » ١٠/٣٤٧] في وجه الاستدلال : قالوا : فلولا أن الاستيلاد يمنع من نقل الملك وإلا . . لم يكن لعزلهم مع محبة الأثمان فائدة ، والله أعلم) .

(٢) أخرجه مسلم (٨) ، وابن حبان (١٥٩) ، وأبو داوود (٤٦٦٢) ، والترمذي (٢٦١٠) ، والنسائي (٨/ ١٠٠) ، وابن ماجه (٦٣) .

إِذَا أَحْبَلَ أَمَتَهُ فَوَلَدَتْ حَيّاً أَوْ مَيْتاً أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ . . عَتَقَتْ بِمَوْتِ ٱلسَّيِّدِ ، . .

قال : (**إذا أحبل أمته فولدت حياً أو ميتاً أو ما تجب فيه غرة . . عتقت بموت السيد**) ؛ لما روى الحاكم [٢/ ١٩] وابن ماجه [٢٥١٥] عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما أمة ولدت من سيدها . . فهي حرة بعد موته » .

و روى البيهقي [١٠/ ٣٤٦] عن ابن عمر أنه قال : (أم الولد أعتقها ولدها وإن كان سقطاً) .

وروى الدارقطني [٤/ ١٣٤] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أم الولد لا تباع ولا توهب ولا تورث ، يستمتع بها مدة حياته ، فإذا مات . . عتقت » لـٰكن قال البيهقي [١٠/ ٣٤٨] : إنه لم يصح إلا من كلام عمر[١] .

وشمل قوله : (الإحبال) ما إذا كان الوطء مباحاً أو محرماً بأن كانت مزوجة أو محرماً له أو مسلمة وهو كافر . . فهو كذلك ، سواء أوجبنا عليه الحد إذا علم أم لا .

وسيأتي في خاتمة الباب حكم عقوبته ، لـٰكن تعبيره بـ(الإحبال) يقتضي اعتبار فعله ، فلو علقت منه باستدخال ذكره أو مائه . . كان الحكم كذلك كما يثبت النسب ، وتؤيده رواية الدارقطني [٤/ ١٣١] : « أيما أمة ولدت من سيدها . . فهي حرة عن دبره » .

وعلم من قوله : (أو ما تجب فيه غرة) : أنه لا يشترط انفصال جميعه فلو أخرج رأسه وباقيه مختف ثم مات السيد . . عتقت ، وبه صرح الدارمي .

كل هـٰذا إذا لم يزاحم حق الغير ، فإن زاحم بأن استولد الأمة التي تعلق بها رهن أو أرش جناية واستمر حتىٰ مات السيد . . فإنها لا تعتق بموته ، وكذلك أمة المحجور عليه بفلس إذا أولدها بعد الحجر .

لـٰكن يرد علىٰ إطلاقه المكاتب ؛ فإنه إذا أحبل أمته ثم مات رقيقاً قبل العجز أو بعده . . لم يعتق بموته على الأصح .

وشمل إطلاق (موته) ما لو قتلته ، وبه صرح الرافعي في (باب الوصية) ،

---

(١) رواه الدارقطني مرفوعاً وموقوفاً ، وانظر « التعليق المغني على الدارقطني » (٤/ ١٣٥) .

أَوْ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ . . فَٱلْوَلَدُ رَقِيقٌ ـ وَلاَ تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا ـ أَوْ بِشُبْهَةٍ . . فَٱلْوَلَدُ حُرٌّ ، وَلاَ تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

وكذلك لو كانت الأمة يملك بعضها على الصحيح المنصوص ، والولد حر عند العراقيين ، وهو صريح في أن الحرية لا تتبعض في الولد ، وهو الأصح في « الشرح الصغير » ، وقيل : تتبعض ، وصححه في « الروضة » في آخر (الكتابة) .

واحترز بقوله : (أو ما تجب فيه غرة) عما إذا وضعت مضغة ليس فيها تخطيط جلي ولا خفي ، وشهد القوابل أنه مبدأ خلق آدمي لو بقي لتخطط . . فإن أمية الولد لا تثبت بذلك ، كما لا تجب الغرة على المنصوص فيهما ، ونصّ علىٰ أن العدة تحسب بذلك ، وللأصحاب في ذلك طرق مشهورة تقدمت .

فإن ألقت مضغة ظهر فيها التخطيط . . تثبت الغرة والاستيلاد .

وأشار بقوله : (عتقت بموت السيد) إلىٰ أنها تعتق من رأس المال ، ويقدم عتقها على الديون كما سيذكره في آخر الباب .

قال : (**أو أمة غيره بنكاح**) وكذلك بالزنا (. . **فالولد رقيق**) ؛ لأنه يتبع الأم فيكون لسيدها بالإجماع ، لـٰكن يستثنىٰ من طرده جارية ولده التي لم يستولدها ، فإذا أولدها الأب . . صارت أم ولد ، ومن عكسه : إذا غرَّ بحرية أمة فنكحها وأولدها . . فالولد حر ، وقد ذكره المصنف في (باب الخيار والإعفاف) .

قال : (**ولا تصير أم ولد إذا ملكها**) ؛ لأن ثبوت الحرية للأمة فرع ثبوتها للولد وهو هنا رقيق ، وفيه قول مخرج من المرهونة إذا بيعت في الدين ثم عادت إليه .

ولو ملك الولد . . عتق عليه إن كان من نكاح لا من زناً .

قال : (**أو بشبهة**) بأن وطئها ظاناً أنها زوجته الحرة أو أمته (. . **فالولد حر**) بلا خلاف ؛ نظراً إلىٰ ظنه ، فلو ظنها زوجته الأمة . . كان الولد رقيقاً ، وهـٰذه الصورة ترد على المصنف ، واحترز عنها في « المحرر » بقوله : علىٰ ظن أنه يطأ زوجته الحرة .

قال : (**ولا تصير أم ولد إذا ملكها في الأظهر**) ؛ لأنها علقت به في غير ملكه ، فأشبه ما لو علقت به في نكاح .

والثاني : تصير ؛ لأنها علقت بحر ، والعلوق بالحر سبب للحرية بالموت .

وَلَهُ وَطْءُ أُمِّ ٱلْوَلَدِ وَٱسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا ، . . . .

وموضع الخلاف في الحر ، فإن وطىء العبد جارية غيره بشبهة ثم عتق ثم ملكها . . لا تصير قطعاً ؛ لأنه لم ينفصل من حر .

قال : (**وله وطء أم الولد**) بالإجماع .

واستثنى الجرجاني منه أمة الكافر إذا أسلمت ، وأخته من الرضاع إذا أحبلها جاهلاً بالتحريم ؛ فإنها تصير مستولدة ووطؤها ممتنع .

واستثنى الجيلي ثالثة وهي : أن من يطأ موطوءة ابنه . . فتصير أم ولد ، و لا يحل له وطؤها .

وتستثنىٰ رابعة وهي : إذا أولد مكاتبته . . فإنها تصير أم ولد ، ولا يحل له وطؤها ما دامت الكتابة الصحيحة باقية .

قال : (**واستخدامها وإجارتها**) ؛ لبقاء ملكه عليها كالمدبرة ، وقال مالك : لا يؤجرها كما لا يبيعها .

وله أيضاً كتابتها ؛ لأنه يملك كسبها ، فإذا أعتقها علىٰ صفة . . جاز .

فإن قيل : في الجزم بجواز الإجارة نظر ؛ لأنها بيع ، وقد قالوا في الأضحية المعينة : لا تصح إجارتها كما لا يصح بيعها إلحاقاً للمنافع بالأعيان . . قلنا : الفرق خروج الأضحية عن ملكه بالكلية ، بخلاف المستولدة .

وعلم من جواز الإجارة جواز الإعارة من باب أولىٰ .

قال : (**وأرش جناية عليها**) ؛ لدوام ملكه ، وكذا أرش الجناية علىٰ أولادها التابعين لها ؛ لأنهم ملكه ، وله قيمتهم أيضاً إذا قتلوا ، ولو غصبهم غاصب فماتوا في يده . . ضمنهم بالقيمة للسيد .

وأصل ذلك : أن أم الولد تضمن عندنا بالغصب ، خلافاً لأبي حنيفة ؛ بناء علىٰ أصله : أن التضمين يوجب التمليك .

واحترز بـ(أم الولد) عن المكاتبة ؛ فأرش الجناية عليها لا لها .

قال : (**وكذا تزويجها بغير إذنها في الأصح**) ؛ لأنه يملك رقبتها ومنافعها ، حتى الاستمتاع ، فملك تزويجها برضاها وبدونه كالمدبرة .

والثاني : لا يجوز وإن رضيت ؛ لأنها ناقصة في نفسها ، وولاية الولي عليها ناقصة أيضاً ، فأشبهت الصغيرة إذا زوجها الأخ برضاها .

والثالث : يجوز له برضاها ؛ لأنه ثبت لها حق الحرية بسبب لا يملك السيد إبطاله ، فلا يملك تزويجها بغير إذنها كالمكاتبة .

وكان الصواب : أن يعبر بـ(الأظهر) ؛ فإن الخلاف أقوال مذكورة في« التنبيه » وغيره .

وإذا أراد أن يزوج بنت أم ولده . . فهي كالأم فيها الأقوال ، وإذا جوزناه . . لا يحتاج إلى استبرائها ، بخلاف أم الولد ؛ فإنها ليست فراشاً للسيد ، ولا يخفىٰ أن هـٰذا إذا كان السيد مسلماً ، فإن كان كافراً وهي مسلمة . . فليس له تزويجها على الأصح ؛ بناء علىٰ أنه يزوجها بالملك .

قال : (**ويحرم بيعها**)(1) هـٰذا الذي قطع به الجمهور ، وأول من قضىٰ به عمر ، ونص عليه الشافعي في خمسة عشر كتاباً ، ويدل له حديث ابن عمر المتقدم ، ولا يعرف للشافعي فيها إلا هـٰذا القول ، وجوز بيعها ابن القاص والمحاملي ، ويحكىٰ عن ابن عباس والشيعة وداوود ؛ لقول جابر : (كنا نبيع سرارينا أمهات الأولاد والنبي صلى الله عليه وسلم حي لا يرىٰ بذلك بأساً) رواه أبو داوود [٣٩٥٠] .

والجواب : أنه منسوخ ؛ فإن ابن أبي شيبة رواه عنه ثم قال : وذكر لي أنه رجع عنه .

---

(١) في هامش (د) : (عن علي رضي الله عنه أنه قال : أجمع رأيي ورأي عمر : أن أمهات الأولاد لا يبعن ـ ويروىٰ : علىٰ عتق أمهات الأولاد ـ ثم رأيت بعد ذلك أن أقضي ببيعهن ، فقال عَبيدة السلماني : رأيك مع الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك ، [هق ١٠/٣٤٣] فيقال : إنه رجع عن ذلك بعد .

ونقل قول قديم للشافعي رضي الله عنه في جواز بيعهن ، ومنهم من أنكره ، وحمل تردد الشافعي فيه على الإشارة إلىٰ ما نقل عن علي رضي الله عنه) .

وقيل : إن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعلم ذلك ، كما قال ابن عمر : (كنا نخابر أربعين سنة لا نرىٰ بذلك بأساً ، حتىٰ أخبرنا رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن المخابرة فتركناها)[1] وقد ناظر فيها أبو بكر بن داوود أبا العباس بن سريج فقال : أجمعنا علىٰ أنها قبل أمية الولد كانت تباع ، فيستصحب هـٰذا الإجماع إلىٰ أن يثبت ما يخالفه ، فقال له ابن سريج : أجمعنا علىٰ أنها حين كانت حاملاً بحر لا تباع ، فيستصحب هـٰذا الإجماع القريب إلىٰ أن يثبت ما يخالفه[2] ، فأفحمه .

واستثنى القفال بيعها من نفسها ، فأفتىٰ بجوازه ؛ تغليباً لجانب الافتداء .

وقال في « اللباب » : يجوز بيعها في ثلاث مسائل : المرهونة ، والجانية ، وأم ولد المكاتب . اهـ

والظاهر : أن استيلاد المفلس في حال الحجر كاستيلاد الراهن ، وعبارة المصنف قد تشمل منع كتابتها ؛ لأن الكتابة اعتياض عن الرقبة ، ونقله الروياني عن النص ، لـٰكن رجح الرافعي الجواز ، وحقيقة الثابت للسيد على المستولدة إنما هو اختصاص لا ملك ، فيتصرف في منفعتها لا في عينها ، كالموقوف ينتفع به ولا يبيعه .

وتقدم أن القاضي إذا قضىٰ بجواز بيعها . . نقض قضاؤه ، وليس ذلك لمخالفة خبر الواحد كما قاله الغزالي ، بل لمخالفة الإجماع ؛ لأن الخلاف الذي كان فيها قد ارتفع بالإجماع بعده ، ووقع في « الروضة » في (كتاب القضاء) عن الروياني تصحيح عدم نقضه ، وهو وجه مبني علىٰ أن الإجماع بعد الاختلاف لا يرفع حكم الاختلاف ، ومنهم من بناه على الخلاف في اشتراط انقراض العصر ، ولا اعتبار بخلاف الشيعة والظاهرية .

قال : (**ورهنها وهبتها**) ؛ لأن الهبة تبطل الملك ، والرهن يسلط عليه ، فأشبها

---

(١) أخرجه النسائي (٧/ ٤٨) ، وابن ماجه (٢٤٥٠) ، والبيهقي (٦/ ١٢٨) ، وغيرهم .

(٢) في هامش (ز) : (قال في « الخادم » : وقد ينتقض هـٰذا بالحامل بحر من شبهة ، لا تباع قبل وضعه ، و تباع بعده) .

وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِناً . . فَٱلْوَلَدُ لِلسَّيِّدِ يَعْتِقُ بِمَوْتِهِ كَهِيَ ، . . . .

البيع ، وإنما ذكرهما المصنف مع أنه إذا حرم بيعها حرم رهنها وهبتها ؛ للتنبيه علىٰ أن تعاطي العقود الفاسدة حرام وإن لم يتصل بها المقصود كما نص عليه في « الأم » ، وقد تقدم ذكر ذلك في (البيع) وغيره .

وكذلك تحرم الوصية بها ، وفي صحة وقفها خلاف تقدم في بابه .

قال : (ولو ولدت من زوج أو زناً) أي : بعد الاستيلاد (. . **فالولد للسيد يعتق بموته كهي**) حكاه ابن المنذر عن أكثر الفقهاء ؛ لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية ، فكذا في سببه اللازم .

ولا يأتي فيه الخلاف في ولد المدبرة والمكاتبة ؛ لأن الاستيلاد أقوىٰ ، بدليل أنه لا يرتفع بحال بخلافهما ، ولا يتوقف عتقه علىٰ عتق الأم ، فلو ماتت قبل موت السيد . . بقي حكم الاستيلاد في حق الولد ، وهـٰذا أحد المواضع التي يزول فيها حكم المتبوع ويبقىٰ حكم التابع كما في نتاج الماشية في الزكاة ، وكذلك الموقوفة ، فهي وإن كانت لا تباع بحال لا يتعدىٰ حكم الوقف إلىٰ ولدها على الأصح ؛ لأن المقصود بالوقف حصول الفوائد والمنافع للموقوف عليه .

وولد الموصىٰ بمنفعته كالأم على الصحيح ، رقبته للوارث ومنفعته للموصىٰ له ؛ لأنه جزء من الأم ، والمؤجر والمعار لا يتعدىٰ حكمهما إلى الولد ؛ لأن العقد لم يقتضه ، وولد المعتقة بصفة والمكاتبة يتبعها ، إن عتقت . . عتق ، وولد الأضحية والمنذورة والهدي له حكمها ؛ لزوال الملك عنها ، وولد الماشية التي تجب الزكاة في عينها تزكىٰ بحول الأصل .

والأصح : أن ولد العرض مال تجارة ، وولد المبيعة الحادث في مدة الحبس في يد البائع ليس للبائع حبسه ، وولد المرهونة الحادث بعد الرهن غير مرهون ، وولد المضمونة غير مضمون ، وولد المغصوبة غير مغصوب ، وولد المودعة كالثوب الذي أطارته الريح إلىٰ داره ، وولد الجانية لا يتبعها في الجناية ، وولد المرتدين مرتد على الأظهر ، وولد العدو في قبول شهادته ثلاثة أقوال لمالك تقدمت ، وولد مال القراض يعود به المالك ، وولد المستأجرة غير مستأجر .

وَأَوْلاَدُهَا قَبْلَ ٱلِاسْتِيلاَدِ مِنْ زِناً أَوْ زَوْجٍ لاَ يَعْتِقُونَ بِمَوْتِ ٱلسَّيِّدِ ، وَلَهُ بَيْعُهُمْ ، وَعِتْقُ ٱلْمُسْتَوْلَدَةِ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ .

فإن قيل : يستثنىٰ من إطلاق المصنف صورتان :

إحداهما : ما حكاه الرافعي قبيل (الصداق) عن « فتاوى البغوي » وأقره : أن الزوج إذا كان يظن أن أم الولد حرة . . فالولد حر ، وعليه قيمته للسيد .

والثانية : إذا أحبل الراهن المرهونة وهو معسر ، وقلنا بالأصح : إنها لا تصير مستولدة ، فبيعت في الدين ، ثم ولدت عند المشتري أولاداً ، ثم ملكها الراهن هي وأولادها . . فإنها تصير مستولدة على الصحيح ، وأولادها أرقاء لا يعطون حكمها ، قاله الرافعي في (باب الإقرار بالنسب) . . فالجواب : أنهم في المسألة الثانية ولدوا قبل الحكم بالاستيلاد ، وفي الأولىٰ ليسوا أولاد أم ولد في ظنه .

وقوله : (كهي فيه) جرّ الضمير بالكاف ، وهو شاذ كما تقدم .

قال : (**وأولادها قبل الاستيلاد من زناً أو زوج لا يعتقون بموت السيد ، وله بيعهم**) ؛ لحدوثهم قبل أن يثبت لها سبب الحرية .

قال : (**وعتق المستولدة من رأس المال**) ، فيقدم على الديون والوصايا ، سواء استولدها في الصحة أو المرض ، أو نجز عتقها في مرض موته .

أما عتقها . . فلما سبق من حديث ابن عباس ، وسئل عكرمة عنها فقال : هي حرة ، قيل له : بأي شيء تقوله؟ قال : بقوله تعالىٰ : ﴿ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ ﴾ وكان عمر من أولي الأمر ، وقال : أعتقها ولدها وإن كان سقطاً[1] .

ولأن ولدها جزء منها ، وقد انعقد جزءاً ، فاستتبع الباقي كالعتق ، لـٰكن العتق فيه قوة فأثر في الحال ، وهـٰذا فيه ضعف فأثر بعد الموت .

وأما كونه من رأس المال . . فلأنه إتلاف حصل بالاستمتاع ، فأشبه الإتلاف بالأكل واللبس ، وبالقياس علىٰ من تزوجها في مرض موته ، فمن الأصحاب من حكىٰ عن القديم : أنها لا تعتق بموته ، ويكون الاستيلاد كالاستخدام .

---

(١) أخرجه البيهقي (١٠/٣٤٦) .

. . . .

والحق : أن الشافعي إنما حكىٰ ذلك عن علي رضي الله عنه ؛ فإنه خطب علىٰ منبر الكوفة فقال : اجتمع رأيي ورأي أمير المؤمنين عمر أن لا تباع أمهات الأولاد ، وأنا الآن أرىٰ بيعهن ، فقال له عبيدة السلماني : رأيك مع الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك ، فأطرق رأسه ثم قال : اقضوا فيه ما أنتم قاضون ؛ فإني أكره أن أخالف أصحابي ، كذا رواه البيهقي [١٠/٣٤٣] وغيره ، وقد تقدم عن عبيدة نظير هـٰذه القصة في (ميراث الجد والإخوة) .

وأما جناية أم الولد . . فتقدم حكمها في (باب موجبات الدية والعاقلة والكفارة) .

تتمة :

وصىٰ بأم الولد من الثلث بقصد الرفق بالورثة . . لم ينفذ ، بخلاف ما إذا أوصىٰ بحجة الإسلام من الثلث ؛ لأن المستولدة كالمال الذي يتلفه بالأكل والشرب في حال المرض ، فلا يحسب من الثلث ، وهي تعتق بمجرد الموت ، فليس للوصية فيها أثر .

وفي « فتاوى القفال » : أن من وطىء جارية بيت المال . . يحد ، فإن أولدها . . فلا نسب ولا استيلاد ، سواء الفقير والغني ؛ لأنه لا يجب الإعفاف في بيت المال .

وختم الرافعي كتابه بقوله : وإذا أولد جاريته المحرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة . . لزمه التعزير ، وفي قول : الحد ، ثم قال : وعلى القولين : لو أولدها . . يكون الولد حراً نسيباً ، وتصير هي مستولدة .

قال الأصحاب : ولا يتصور اجتماع هـٰذه الأحكام مع ثبوت الحد إلا في هـٰذه الصورة علىٰ أحد القولين ، وما جزم به هنا من كون الولد نسيباً مع القول بوجوب الحد صحح خلافه في آخر (كتاب النكاح) ، وفي (باب حد الزنا) .

قال في « المهمات » : والذي ذكره من أن هـٰذه الأحكام لا تجتمع إلا في هـٰذه الصورة غريب ؛ فإنها تجتمع فيما إذا وطىء الأب جارية ابنه واستولدها ولم تكن مستولدة الابن ، وإذا أولد الرجل المشتركة ، وإذا أولد جاريته المزوجة ، وإذا أولد جاريته المعتدة ، وإذا أولد أمته المجوسية أو الوثنية ، وإذا أولد الذمي أمته التي

. . . .

أسلمت قبل أن تباع عليه . . ففي جميع هـٰذه الصور تثبت الحرية والنسب والاستيلاد مع وجوب الحد علىٰ قول كما قرره الرافعي في غير هـٰذا الباب ، والله سبحانه الموفق للصواب ، وإليه المرجع والمآب .

ونختم الكتاب بما بدأنا به من حمد الله الذي يبدىء ويعيد ، والصلاة والسلام علىٰ نبيه محمد المخصوص بعموم الشفاعة يوم الوعيد ، ونعوذ بالله من الحور بعد الكور وفتنة الأمل البعيد ، ونسأله الفوز يوم يقال : شقي فلان وفلان سعيد .

قال مؤلفه محمد بن موسى الدميري ، وقاه الله تعالى شر نفسه ، وجعل يومه خيراً من أمسه : فرغت منه في شهر ربيع الآخر سنة ست وثمانين وسبع مئة ، جعله الله خالصاً لوجهه ، موجباً للفوز لديه ، وهو حسبنا ونعم الوكيل ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً[1] .

---

(١) جاء في خاتمة (د) : (واتفق الفراغ من تعليقه ليلة الأربعاء المباركة سابع عشرين شهر ربيع الأول ، من شهور عام سنة ست وستين وثمان مئة على يد العبد الفقير إلى الله تعالىٰ علي بن حسن بن بير علي المارديني الشافعي ، غفر الله لمصنفه ولكاتبه ولوالديه ولجميع المسلمين والمسلمات ، والمؤمنين والمؤمنات ، الأحياء منهم والأموات ، وصلى الله على سيدنا محمد سيد السادات ، صلاة دائمة مادامت السماوات ، وبعدد الأحياء والأموات ، والحمد لله وحده ، وحسبنا الله ونعم الوكيل) .
وفي خاتمة (ز) : (علقه لنفسه العبد الفقير الحقير الذليل ولي الدين بن أبي بكر بن عبد الملك ، غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين آمين آمين آمين ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم .
ملك الفقير الحقير المعترف بالذنب الشيخ حسن جليلة ، المرحومي بلداً ، الشافعي مذهباً ، غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين أجمعين) .
وفي خاتمة (ص) : (تم وكمل ، فكان الفراغ منه في اليوم الثاني والعشرين من شهر رمضان المعظم قدره ، سنة أربع وثمانين وثمان مئة ، أحسن الله عاقبتها في خير وعافية ، وكتبه لنفسه من نسخة نسخت من نسخة المؤلف : العبد الفقير إلى الله تعالىٰ ، القليل الإحسان ، الكثير العصيان ، الراجي عفو الله الكريم وشفاعة نبيه محمد عليه أفضل الصلاة والتسليم يوسف بن موسى بن حسان الطرابلسي ، غفر الله ذنوبه ، وستر عيوبه ، وختم له وللمسلمين بخير في عافية بلا محنة ، والحمد لله وحده ، وصلاته علىٰ من لا نبي بعده) . =

. . . .

* * *

= وفي خاتمة (ت): (آخر الجزء الرابع من « النجم الوهاج في شرح المنهاج » ، اتفق الفراغ من تعليقه وقت أذان المغرب يوم الإثنين رابع ذي القعدة الحرام ، سنة ستين وثمان مئة ، أحسن الله نقصها بمنه وكرمه ولطفه ، علىٰ يد العبد الفقير إلى الله تعالى ، الراجي عفو ربه القدير خليفة بن حسن ، المعروف بالسخاوي ، عامله الله تعالىٰ بألطافه الخفية ، وجمع له بين سعادة الدارين الدنيوية والأخروية .

اللهم ؛ اغفر لمصنفه وكاتبه والناظر فيه ، ولجميع المسلمين والمسلمات ، والمؤمنين والمؤمنات ، الأحياء منهم والأموات ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد سيد السادات ، ما دامت الأرض والسماوات ، والحمد لله تعالىٰ .

وكتب هـٰذه النسخة من النسخة التي نسخت تلي نسخة المصنف الشيخ تاج الدين بن تمرية رحمه الله ونفعنا ببركته في الدنيا والآخرة ، وذكر في آخر نسخته أن بعضها نقل من خط المصنف إلىٰ أثناء « كتاب الحج » ، وبقيتها من نسخة مكتوبة من خطه مقروءة عليه ، ومثال خطه رضي الله عنه ، آخرها : الحمد لله المبدىء) .

تم ـ بحمد الله تعالىٰ وحسن توفيقه ودوام سوابغ نعمه وتفضيله ـ المجلد العاشر من كتاب « النجم الوهاج في شرح المنهاج » للإمام الدميري رحمه الله تعالىٰ ، وبه انتهىٰ مسيرنا في رياضه الفيحاء ، وارتشافنا من رحيق أزهار حديقته الغناء ، وتقديمه إلىٰ أيدي القراء ، بحلة بهية ، وهيئة مرضية ، بعد أن أكرمنا الله عز وجل وشرفنا بالعمل على إخراجه ؛ ليكون من جملة كنوز المكتبة الإسلامية ، يركن إليه كل مريد للجواب ، ويهتدي به كل باحث عن الصواب ، آملين الثواب من الله عز وجل ، والصفح عن كل خطأ وزلل ، فما كان من توفيق . . فمن الله ، وما كان من خلل . . فمن أنفسنا ، و ماظننا بقرّائنا الكرام إلا التماس العذر ما وجدوا إلىٰ ذلك سبيلاً ، فما الكمال إلا لله سبحانه وتعالىٰ .

وكان الفراغ مصاحباً لأذان مغرب يوم الخميس ليلة الجمعة المباركة ، العشرين من شهر شعبان عام (١٤٢٤) للهجرة النبوية الشريفة ، السادس عشر من شهر تشرين الأول عام (٢٠٠٣) للميلاد ، في رحاب مكتب دار المنهاج (بدمشق الشام) حرسها الله وسائر بلاد المسلمين .

ونهاية : نسأل الله عز وجل مزيد الإكرام ، وحسن الختام ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد خير الأنام ، وعلىٰ آله وأصحابه والتابعين علىٰ مرِّ الدهور والأيام .

والحمد لله رب العالمين .

اللجنة العلمية





أهم مراجع ومصادر التحقيق

- الآثار ، القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (ت ١٨٢هـ) ، تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، (١٣٥٥هـ) .
- الآحاد والمثاني ، الإمام أحمد بن عمرو بن الضحاك الشيباني (ت ٢٨٧هـ) ، تحقيق الدكتور باسم فيصل أحمد الجوابرة ، ط١ (١٩٩١م) ، دار الراية ، السعودية .
- الأحاديث المختارة ، الحافظ محمد بن عبد الواحد بن أحمد المقدسي (ت ٦٤٣هـ) ، تحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، ط١ (١٤١٠هـ) ، مكتبة النهضة الحديثة ، السعودية .
- أدب الإملاء والاستملاء ، الإمام عبدالكريم بن محمد بن منصور السمعاني (ت ٥٦٢هـ) ، تحقيق ماكس فايسفايلر ، ط١ (١٩٨١م) .
- الأدب المفرد ، الإمام محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ط ٤ (١٩٩٧م) ، دار البشائر الإسلامية ، لبنان .
- الأذكار = حلية الأبرار وشعار الأخيار ، الإمام محيي الدين يحيىٰ بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) ، تحقيق بشير محمد عيون ، ط ٣ (١٩٩٧م) ، مكتبة دار البيان ، سوريا .
- أسنى المطالب شرح روض الطالب ، الشيخ زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦هـ) ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، دار الكتاب الإسلامي ، مصر .
- الأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية ، الحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ) ، تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ ، ط ١ (١٩٩٨م) ، دار السلام ، مصر .
- الأعلام ، خير الدين الزركلي ، ط ١٢ (١٩٩٧م) ، دار العلم للملايين ، لبنان .

- الأم ، الإمام محمد بن إدريس الشافعي(ت ٢٠٤هـ) ، ط٢ (١٣٩٣هـ) ، دار المعرفة ، لبنان .
- الأنوار لأعمال الأبرار ، الإمام يوسف بن إبراهيم الأردبيلي (٧٩٩ أو٧٧٦هـ) ، بدون تحقيق ، (١٩٦٩م) ، مؤسسة الحلبي ، مصر .
- الأوسط ، الإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري(ت ٣١٨هـ) ، تحقيق الدكتور صغير أحمد محمد حنيف ، ط١ (١٤٠٥هـ) ، دار طيبة ، السعودية .
- الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت ٧٣٩هـ) ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، ط ٣ (١٩٩٧م) ، مؤسسة الرسالة ، لبنان .
- إحياء علوم الدين ، الإمام محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ) ، بدون تحقيق ، (١٩٨٢ م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار المعرفة ، لبنان .
- الإصابة في تمييز الصحابة ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ دار الكتاب العربي ، لبنان .
- البحر الزخار = مسند البزار ، الحافظ أحمد بن عمرو العتكي البزار (ت ٢٩٢هـ) ، تحقيق الدكتور محفوظ الرحمٰن زين الله ، ط ١ (١٩٨٨م) ، مكتبة العلوم والحكم ، السعودية .
- البداية والنهاية ، الحافظ إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (ت ٧٧٤هـ) ، عني به عبد الرحمن اللادقي ومحمد غازي بيضون ، ط ٧ (٢٠٠٢م) ، دار المعرفة ، لبنان .
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ، العلامة محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) ، تحقيق الدكتور حسين بن عبد الله العمري ، ط ١ (١٩٩٨م) ، دار الفكر ، سوريا .
- بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث بن أبي أسامة ، الحافظ نور الدين الهيثمي (ت ٨٢٢هـ) ، تحقيق الدكتور حسين أحمد صالح الباكري ، ط١ (١٤١٣هـ) ، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية ، السعودية .

- البيان في مذهب الإمام الشافعي ، العلامة يحيىٰ بن أبي الخير العمراني (ت ٥٥٨هـ) ، عني به قاسم النوري ، ط ١ (٢٠٠٠م) دار المنهاج ، السعودية .
- تاريخ أصبهان ، الحافظ أحمد بن عبد الله بن أحمد الأصبهاني (ت ٤٣٠هـ) ، تحقيق سيد كسروي حسن ، ط ١ (١٩٩٠) .
- تاريخ ابن معين (رواية الدوري) ، الحافظ يحيىٰ بن معين (ت٢٣٣هـ) ، تحقيق الدكتور أحمد محمد نور سيف ، (١٩٧٩م) ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، السعودية .
- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام ، الحافظ محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ) ، تحقيق الدكتور عمر بن عبد السلام تدمري ، ط ١ (١٩٨٧م) ، دار الكتاب العربي ، لبنان .
- تاريخ الطبري = تاريخ الأمم والملوك ، الإمام محمد بن جرير الطبري(٣١٠هـ) ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة بدون ناشر ، لبنان .
- التاريخ الكبير ، الإمام محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ) ، تحقيق السيد هاشم الندوي ، (١٩٨٦م) ، دار الفكر ، لبنان .
- تاريخ بغداد ، الإمام أحمد بن علي الخطيب البغدادي (ت ٤٦٣هـ) ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، ط ١ (١٩٩٧م) .
- تاريخ جرجان ، الإمام حمزة بن يوسف الجرجاني (ت ٣٤٥هـ) ، تحقيق الدكتور محمد عبد المعيد خان ، ط٣ (١٩٨١م) ، عالم الكتب ، لبنان .
- تحرير ألفاظ التنبيه ، الإمام محيي الدين يحيىٰ بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) ، تحقيق الشيخ عبد الغني الدقر ، ط١ (١٤٠٨هـ) ، دار القلم ، سوريا .
- تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف ، الحافظ يوسف بن عبد الرحمٰن المزي (ت ٧٤٢هـ) ، تحقيق عبد الصمد شرف الدين ، ط ٢ (١٩٨٣هـ) ، المكتب الإسلامي والدار القيمة ، لبنان ـ الهند .

- تحفة المحتاج إلىٰ أدلة المنهاج ، الحافظ عمر بن علي المصري الشافعي المشهور بابن الملقن (ت ٨٠٤هـ) ، تحقيق عبد الله بن سعاف اللحياني ، ط ١ (١٩٨٦م) ، دار حراء ، السعودية .
- تدريب الراوي شرح تقريب النواوي ، الحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ) ، تحقيق الشيخ عرفان العشا حسونة ، (١٩٩٣م) ، دار الفكر ، لبنان .
- الترغيب والترهيب من الحديث الشريف ، الإمام عبد العظيم بن عبد القوي المنذري (ت ٦٥٦هـ) ، تحقيق محيي الدين ديب مستو وسمير أحمد العطار ويوسف علي بديوي ، ط ٣ (١٩٩٩م) ، دار ابن كثير ، سوريا .
- تعظيم قدر الصلاة ، الحافظ محمد بن نصر المروزي (ت ٢٩٤هـ) ، تحقيق الدكتور عبد الرحمن عبد الجبار الفريوائي ، ط١ ، (١٤٠٦هـ) ، مكتبة الدار ، السعودية .
- تفسير القرآن العظيم ، الحافظ إسماعيل بن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤هـ) ، تصحيح مجموعة من العلماء ، (١٩٦٩م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار المعرفة ، لبنان .
- تفسير القرطبي = الجامع لأحكام القرآن ، الإمام محمد بن أحمد القرطبي (ت ٦٧١هـ) ، بدون تحقيق ، (١٩٨٥م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار إحياء التراث العربي ، لبنان .
- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ، (١٩٦٤م) ، السعودية .
- التمهيد ، الحافظ يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري(ت ٤٦٣هـ) ، تحقيق مصطفىٰ بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري ، (١٣٨٧هـ) ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب .
- التنبيه في الفقه الشافعي ، الفقيه إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي الشيرازي (ت ٤٧٦هـ) ، تحقيق عماد الدين أحمد حيدر ، ط١ (١٤٠٣هـ) ، عالم الكتب ، لبنان .

- تهذيب الأسماء واللغات ، الإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) ، الطبعة المنيرية ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ دار الكتب العلمية ، لبنان .
- تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، الحافظ يوسف بن عبد الرحمـٰن المزي (ت ٧٤٢هـ) ، تحقيق الدكتور بشار عواد معروف ، ط ١ (١٩٨٠م) ، مؤسسة الرسالة ، لبنان .
- جامع البيان في تفسير القرآن = تفسير الطبري ، الإمام محمد بن جرير الطبري (ت ٣١٠هـ) ، بدون تحقيق ، ط ٢ (١٩٧٢) ، طبعة مصورة لدىٰ دار المعرفة ، لبنان .
- جامع الدروس العربية ، الشيخ مصطفى الغلاييني ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ انتشارات ناصر خسرو ، إيران .
- الجزء المفقود من سير أعلام النبلاء ، الإمام محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ) ، تحقيق عبد السلام محمد عمر علوش ، ط ١ (١٩٩٧م) ، دار الفكر للطباعة والنشر ، لبنان .
- حاشية إعانة الطالبين علىٰ حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين ، عثمان بن محمد شطا الدمياطي البكري (حياً ١٣٠٠هـ) ، دار الفكر ، لبنان .
- حاشية البجيرمي علىٰ شرح منهج الطلاب التجريد لنفع العبيد ، العالم سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي (ت ١٢٢١هـ) ، المكتبة الإسلامية ، تركيا .
- حاشية البيجوري علىٰ شرح ابن قاسم ، الشيخ إبراهيم البيجوري (ت ١٢٧٦هـ) ، بدون تحقيق ، (١٩٩٤م) ، دار الفكر ، لبنان .
- حاشية الصبان علىٰ شرح الأشموني ، العلامة محمد بن علي الصبان (ت ١٢٠٦هـ) ، ط٣ (١٤١٩هـ) ، طبعة مصورة لدىٰ انتشارات زاهدي ، إيران .
- حاشيتا قليوبي وعميرة علىٰ شرح المحلي علىٰ منهاج الطالبين ، الشيخ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي (ت ١٠٦٩هـ) والشيخ شهاب الدين أحمد البرلسي المصري الملقب بعميرة (ت ٩٥٧هـ) ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، دار إحياء الكتب العربية ، مصر .

- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ، الحافظ أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني (ت ٤٣٠هـ) ، بدون تحقيق ، ط ٥ (١٩٨٧م) ، دار الريان ودار الكتاب العربي ، مصر ـ لبنان .
- حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي علىٰ تحفة المحتاج ، الشيخ عبد الحميد الشرواني الشيخ أحمد بن قاسم العبادي (ت ٩٩٢هـ) ، بدون تحقيق ، (١٣١٥هـ) ، طبعة مصورة لدىٰ دار صادر ، لبنان .
- حياة الإمام النووي = الاهتمام بترجمة الإمام النووي شيخ الإسلام ، الحافظ محمد بن عبد الرحمٰن السخاوي (ت ٩٠٢هـ) ، خدمة وتعليق الدكتور مصطفىٰ ديب البغا ، ط ١ (١٩٩٧م) ، دار العلوم الإنسانية ، سوريا .
- حياة الحيوان الكبرى ، الإمام كمال الدين محمد بن موسى الدميري (ت ٨٠٨هـ) ، تحقيق محمد عبد القادر الفاضلي ، ط ١ (٢٠٠٢م) ، المكتبة العصرية ، لبنان .
- الخصال المكفرة للذنوب المتقدمة والمتأخرة ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ، تحقيق عبد الجليل عطا البكري ، ط ١ (٢٠٠١م) ، مكتبة دار الفجر ، سوريا .
- خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي ، الحافظ عمر بن علي الشهير بابن الملقن (ت ٨٠٤هـ) ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، ط١ (١٤١٠هـ) ، مكتبة الرشد ، السعودية .
- خلق أفعال العباد ، الإمام محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ) ، تحقيق الدكتور عبد الرحمن عميرة ، (١٩٧٨م) ، دار المعارف ، السعودية .
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ، دار المعرفة ، لبنان .
- الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة بدون ناشر ، لبنان .
- الدعاء ، الحافظ سليمان بن أحمد الطبراني (ت ٣٦٠هـ) ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، ط١ (١٤١٣هـ) .

- دقائق المنهاج ، الإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) ، تحقيق إياد محمد الغوج ، ط ١ (١٩٩٦م) ، المكتبة المكية ودار ابن حزم ، السعودية - لبنان .
- دلائل النبوة ، الحافظ إسماعيل بن محمد الأصبهاني (ت ٥٣٥هـ) ، تحقيق محمد محمد الحداد ، ط١ ، (١٤٠٩هـ) ، دار طيبة ، السعودية .
- دلائل النبوة ، الحافظ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، تحقيق الدكتور عبد المعطي قلعجي .
- ذيل التقييد في رواة السنن والمسانيد ، الإمام محمد بن أحمد الفاسي المكي (ت ٨٣٢هـ) ، تحقيق كمال يوسف الحوت ، ط١ (١٤١٠هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- الرسالة ، الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ) ، تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر ، (١٩٣٩م) ، طبعة مصورة بدون ناشر ، مصر .
- روضة الطالبين وعمدة المفتين ، الإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) ، إشراف زهير الشاويش ، ط ٣ (١٩٩١م) ، المكتب الإسلامي ، لبنان .
- زاد المعاد في هدي خير العباد ، الإمام محمد بن أبي بكر بن أيوب الشهير بابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ) ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ دار الفكر للطباعة والنشر ، لبنان .
- الزهد ، الإمام أبو عبد الله عبد الله بن المبارك المرزوي (ت ١٨١هـ) ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، دار الكتب العلمية ، لبنان .
- الزهد ، الإمام أحمد بن محمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ) ، عني به محمد عبد السلام شاهين ، ط ١ (١٩٩٩م) .
- الزهد ، الإمام هناد بن السري الكوفي (٢٤٣هـ) ، تحقيق عبد الرحمن عبد الجبار الفريوائي ، ط١ ، (١٤٠٦هـ) ، دار الخلفاء للكتاب الإسلامي ، الكويت .

- السراج الوهاج على متن المنهاج ، الشيخ محمد الزهري الغمراوي ، بدون تحقيق ، (١٩٩١م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار الفكر ، لبنان .
- السنة ، الحافظ عمرو بن أبي عاصم (ت ٢٨٧هـ) ، تحقيق محمد ناصر الدين ، ط١ (١٤٠٠هـ) ، المكتب الإسلامي ، لبنان .
- سنن ابن ماجه ، الحافظ محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥هـ) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، بدون تاريخ ، دار إحياء الكتب العربية ، مصر .
- سنن الترمذي = الجامع الصحيح ، الإمام محمد بن عيسىٰ بن سورة الترمذي (ت ٢٧٩هـ) ، تحقيق أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ دار إحياء التراث العربي ، لبنان .
- سنن الدارقطني ، الإمام علي بن عمر الدارقطني (ت ٣٨٥هـ) ، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، (١٩٦٦م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار المعرفة ، لبنان .
- سنن الدارمي = مسند الدارمي ، الإمام عبد الله بن عبد الرحمٰن بن بهرام الدارمي (ت ٢٥٥هـ) ، تحقيق حسين سليم أسد الداراني ، ط ١ (٢٠٠٠م) ، دار المغني ، السعودية .
- السنن الكبرىٰ ، الإمام أحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ) ، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي ، ط ١ (٢٠٠١هـ) ، مؤسسة الرسالة ، لبنان .
- السنن الكبرىٰ ، الحافظ أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، بدون تحقيق ، (١٣٥٦هـ) ، طبعة مصورة لدىٰ دار المعرفة ، لبنان .
- سنن النسائي = المجتبى ، الإمام أحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ) ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ دار الكتاب العربي ، لبنان .
- سنن سعيد بن منصور ، الإمام سعيد بن منصور (ت ٢٢٧هـ) ، تحقيق الدكتور سعد ابن عبد الله بن عبد العزيز آل حميد ، ط١ (١٤١٤هـ) ، دار العصيمي ، السعودية .
- السيرة النبوية ، الإمام عبد الملك بن هشام الحميري (ت ٢١٨هـ) ، تحقيق مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ الشلبي ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ دار ابن كثير ، سوريا .

- شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، الإمام عبد الحي بن أحمد الحنبلي الدمشقي المشهور بابن العماد (ت ١٠٨٩هـ) ، تحقيق محمود الأرناؤوط ، ط ١ (١٩٨٦م) ، دار ابن كثير ، سوريا .
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، الإمام محمد بن عبد الباقي الزرقاني (ت ١١٢٢هـ) ، بدون تحقيق ، ط١ (١٤١١هـ) .
- شرح علل الترمذي ، العلامة عبد الرحمٰن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ) ، تحقيق الدكتور همام عبد الرحيم سعيد ، ط ٣ (٢٠٠١م) ، مكتبة الرشد ، السعودية .
- شرح معاني الآثار ، الإمام أحمد بن محمد الطحاوي (٣٢١هـ) ، تحقيق محمد زهري النجار ، ط١ (١٣٩٩هـ) .
- شعب الإيمان ، الحافظ أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، تحقيق محمد السعيد بن بسيوني زغلول ، ط ١ (١٩٩٠م) .
- الشفا بتعريف حقوق المصطفىٰ ، العلامة القاضي عياض بن موسى اليحصبي(ت ٥٤٤هـ) ، تحقيق عبده علي كوشك ، ط١ (٢٠٠٠م) ، مكتبة الغزالي ، سوريا .
- الشمائل المحمدية ، الإمام محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت ٢٧٩هـ) ، تحقيق الشيخ محمد عوامة ، ط ١ (٢٠٠١م) ، نشره محققه ، لبنان .
- شهاب الأخبار في الحكم والأمثال والآداب = مسند الشهاب ، القاضي محمد بن سلامة القضاعي (ت ٤٥٤هـ) ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، ط ١ (١٩٨٥م) ، مؤسسة الرسالة ، لبنان .
- صحيح ابن خزيمة ، الإمام محمد بن إسحاق بن خزيمة النيسابوري(٣١١هـ) ، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الأعظمي ، (١٩٧٠م) ، المكتب الإسلامي ، لبنان .
- صحيح البخاري = الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه ، الإمام محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ) ، عني به محمد زهير بن ناصر الناصر ، ط ١ (١٤٢٢هـ) ، دار طوق النجاة ، لبنان .

ـ صحيح مسلم = الجامع الصحيح ، الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت ٢٦١ هـ) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، (١٩٥٤م) ، دار إحياء الكتب العربية ، مصر .

ـ صفة الصفوة ، الإمام عبد الرحمٰن بن علي الشهير بابن الجوزي (ت ٥٩٧هـ) ، فهرسه عبد السلام هارون ، ط ٢ (١٩٩٢م) ، مؤسسة الكتب الثقافية ، لبنان .

ـ الضعفاء الكبير ، الحافظ محمد بن عمر العقيلي (ت ٣٢٢هـ) ، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي ، ط١ (١٩٨٤م) .

ـ الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، الحافظ محمد بن عبد الرحمٰن السخاوي (ت ٩٠٢هـ) ، بدون تحقيق ، ط ١ (١٩٩٢م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار الجيل ، لبنان .

ـ طبقات الشافعية الكبرىٰ ، الشيخ تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت ٧٧١هـ) ، تحقيق عبد الفتاح الحلو محمود ومحمد الطناحي ، بدون تاريخ ، دار إحياء الكتب العربية ، مصر .

ـ طبقات الشافعية ، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة (٨٥١هـ) ، تحقيق الدكتور الحافظ عبد العليم خان ، ط١ ، (١٤٠٧هـ) ، عالم الكتب ، لبنان .

ـ طبقات الفقهاء الشافعية ، الإمام عثمان بن عبد الرحمٰن الشهرزوري (ت ٦٤٣هـ) ، تحقيق محي الدين علي نجيب ، ط ١ (١٩٩٢م) ، دار البشائر الإسلامية ، لبنان .

ـ الطبقات الكبرىٰ ، الإمام محمد بن سعد بن منيع البصري (ت ٢٣٠هـ) ، تقديم الدكتور إحسان عباس ، بدون تاريخ ، دار صادر ، لبنان .

ـ عجالة المحتاج إلىٰ توجيه المنهاج ، العلامة عمر بن علي بن أحمد الشهير بابن الملقن (ت ٨٠٤هـ) ، تحقيق عز الدين هشام بن عبد الكريم البدراني ، (٢٠٠١م) ، دار الكتاب ، الأردن .

ـ العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين ، الإمام محمد بن أحمد بن علي الفاسي المكي (ت ٨٣٢هـ) ، تحقيق محمد حامد الفقي ، (١٩٥٨م) ، مطبعة السنة المحمدية ، مصر .

- علل الحديث ، عبد الرحمن بن محمد بن بن إدريس الرازي أبو محمد (٣٢٧هـ) ، تحقيق محب الدين الخطيب ، (١٤٠٥هـ) ، دار المعرفة ، لبنان .
- العلل المتناهية في الأحاديث الواهية ، الإمام عبد الرحمٰن بن علي الشهير بابن الجوزي (٥٩٧هـ) ، تحقيق خليل الميس ، ط١ (١٤٠٣هـ) .
- العلل الواردة في الأحاديث النبوية ، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي الدارقطني البغدادي (٣٨٥هـ) ، تحقيق الدكتور محفوظ الرحمن زين الله السلفي ، (١٩٨٥م) ، دار طيبة ، السعودية .
- عمل اليوم والليلة ، الإمام أحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ) ، بدون تحقيق ، ط ١ ، (١٩٨٨م) ، مؤسسة الكتب الثقافية ، لبنان .
- عمل اليوم والليلة ، الحافظ أحمد بن محمد الدينوري الشهير بابن السني (ت ٣٦٤هـ) ، تحقيق بشير محمد عيون ، ط ٣ (١٩٩٤م) ، مكتبة المؤيد ، السعودية .
- فتاوى الإمام النووي = المسائل المنثورة ، ترتيب تلميذه الشيخ علاء الدين بن العطار ، تحقيق محمد الحجار ، ط ٦ (١٩٩٦م) ، دار البشائر الإسلامية ، لبنان .
- فتاوى السبكي ، الإمام علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ) ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، دار المعرفة ، لبنان .
- فتاوىٰ ومسائل ابن الصلاح ، العلامة عثمان بن عبد الرحمٰن الشهرزوري (ت ٦٤٣هـ) ، تحقيق الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي ، ط ١ (١٩٨٦م) ، دار المعرفة ، لبنان .
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ، عني به محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ مكتبة الغزالي ، سوريا .
- الفردوس بمأثور الخطاب ، الحافظ شيرويه بن شهردار الديلمي الهمذاني (ت ٥٠٩) ، تحقيق السعيد بن بسيوني زغلول ، ط ١ (١٩٨٦م) .

ـ الفوائد المدنية ، العلامة محمد بن سليمان الكردي (ت ١١٩٤هـ) طبعة مصورة لدىٰ المكتبة الإسلامية ، تركيا .

ـ فيض القدير شرح الجامع الصغير ، العلامة عبد الرؤوف المناوي (ت ١٠٣١هـ) ، بدون تحقيق ، (١٣٥٧هـ) ، طبعة مصورة لدىٰ دار المعرفة ، لبنان .

ـ الكامل في التاريخ ، الإمام علي بن محمد بن محمد الشيباني الشهير بابن الأثير (ت ٦٣٠هـ) ، حققه الدكتور عمر عبد السلام تدمري ، ط ٢ (١٩٩٩م) ، دار الكتاب العربي ، لبنان .

ـ الكامل في ضعفاء الرجال ، الحافظ عبد الله بن عدي الجرجاني (ت ٣٦٥هـ) ، تحقيق الدكتور سهيل زكار ويحيى مختار غزاوي ، ط ٣ (١٩٨٨م) ، دار الفكر ، لبنان .

ـ كتاب الأسماء والصفات ، الإمام أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ دار الكتب العلمية ، لبنان .

ـ كتاب الإيضاح في مناسك الحج والعمرة ، الإمام محيي الدين يحيىٰ بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) ، عني به عبد الفتاح حسين راوه المكي ، ط ٢ (١٩٩٤م) ، دار البشائر الإسلامية والمكتبة الإمدادية ، لبنان ـ السعودية .

ـ كتاب الثقات ، الإمام محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي (ت ٣٥٤هـ) ، تحقيق إبراهيم شمس الدين تركي فرحان المصطفى ، ط ١ (١٩٩٨م) .

ـ كتاب الجرح والتعديل ، الإمام عبد الرحمٰن بن محمد بن إدريس الحنظلي الرازي (ت ٣٢٧هـ) ، عني به عبد الرحمـٰن بن يحيى المعلمي اليماني ، (١٩٥٢م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار إحياء التراث العربي ، لبنان .

ـ كتاب السنن = سنن أبي داوود ، الإمام سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ) ، تحقيق الشيخ محمد عوامة ، ط ١ (١٩٩٨م) ، مؤسسة الريان ودار القبلة والمكتبة المكية ، لبنان ـ السعودية .

ـ الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ، الإمام محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (ت ٥٣٨هـ) ، تحقيق عبد الرزاق المهدي ، ط ٢ (٢٠٠١هـ) ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان .

- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث علىٰ ألسنة الناس ، الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي (ت ١١٦٢هـ) ، بدون تحقيق ، ط ٣ (١٣٥١هـ) ، طبعة مصورة لدىٰ دار إحياء التراث العربي ، لبنان .

- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، العلامة مصطفىٰ بن عبد الله القسطنطيني الشهير بحاجي خليفة (ت ١٠٦٧هـ) ، بدون تحقيق ، (١٩٩٢م) ، طبعة مصورة لدى دار الكتب العلمية ، لبنان .

- الكشف والبيان = تفسير الثعلبي ، الإمام أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي النيسابوري (ت ٤٢٧هـ) ، تحقيق الشيخ أبو محمد بن عاشور ، ط ١ (٢٠٠٢م) ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان .

- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، الإمام تقي الدين أبو بكر بن محمد الحصني الحسيني الدمشقي (ت ٨٢٩هـ) ، تحقيق عبد القادر أرناؤوط ، ط ١ (١٩٩٨م) ، دار البشائر ، سوريا .

- لسان الميزان ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ، عني به الشيخ عبد الفتاح أبو غدة ، ط ١ (٢٠٠٢م) ، دار البشائر الإسلامية ، لبنان .

- المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين ، الحافظ محمد بن حبان البستي (ت ٣٥٤هـ) ، تحقيق محمود إبراهيم زايد ، (١٣٩٦هـ) ، دار الوعي ، سوريا .

- مجمع الأحباب وتذكرة أولي الألباب ، الشريف محمد بن الحسن بن عبد الله الواسطي (ت ٧٧٦هـ) ، لجنة علمية بإشراف محمد غسان نصوح عزقول ، ط ١ (٢٠٠٢م) ، دار المنهاج ، السعودية .

- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، الحافظ علي بن أبي بكر الهيثمي (ت ٨٠٧هـ) ، بدون تحقيق ، (١٩٨٦م) ، مكتبة المعارف ، لبنان .

- المجموع شرح المهذب ، الإمام محيي الدين يحيىٰ بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) ، تحقيق الدكتورمحمود مطرجي ، ط ١ (١٩٩٦م) ، دار الفكر ، لبنان .

- المحلىٰ ، الإمام علي بن أحمد ابن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ) ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، دار الآفاق الجديدة ، لبنان .
- مرآة الجنان وعبرة اليقظان في معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان ، الإمام عبد الله بن أسعد اليافعي اليمني (ت ٧٦٨هـ) ، بدون تحقيق ، ط ٢ (١٩٩٣م) ، دار الكتاب الإسلامي ، مصر .
- المراسيل ، الحافظ أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ) ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، ط١ (١٤٠٨هـ) ، مؤسسة الرسالة ، لبنان .
- المستدرك على الصحيحين ، الحافظ محمد بن محمد الحاكم النيسابوري (ت ٤٠٥هـ) ، بدون تحقيق ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ دار المعرفة ، لبنان .
- مسند أبي داوود الطيالسي ، الحافظ سليمان بن داوود بن الجارود الشهير بأبي داوود الطيالسي (ت ٢٠٤هـ) ، بدون تحقيق ، (١٣٢١هـ) ، طبعة مصورة لدىٰ دار المعرفة ، لبنان .
- مسند أبي عوانة ، الحافظ يعقوب بن إسحاق الإسفرائيني(٣١٦هـ) ، تحقيق أيمن بن عارف الدمشقي ، ط١ (١٩٩٨م) ، دار المعرفة ، لبنان .
- مسند أبي يعلى الموصلي ، الإمام أحمد بن علي بن المثنى التميمي (ت ٣٠٧هـ) ، تحقيق حسين سليم أسد الداراني ، ط ٢ (١٩٨٩م) ، دار المأمون للتراث ، سوريا .
- مسند الإمام الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ) ، تحقيق أيوب أبو خشريف ، ط ١ (٢٠٠٢م) ، دار الثقافة العربية ، سوريا .
- مسند الحميدي ، الحافظ عبد الله بن الزبير الحميدي (٢١٩هـ) ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، (١٣٨١هـ) .
- مسند الشاميين ، الحافظ سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني(٣٦٠هـ) ، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي ، ط١ (١٩٨٤م) ، مؤسسة الرسالة ، لبنان .
- المسند ، الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت ٢٤١هـ) ، تحقيق مجموعة من المحققين ، ط ١ (١٩٩٥م) ، مؤسسة الرسالة ، لبنان .

- مصابيح السنة ، الإمام الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي (ت ٥١٦هـ) ، تحقيق الدكتور يوسف عبد الرحمٰن مرعشلي ومحمد سليم إبراهيم سمارة وجمال حمدي الذهبي ، ط ١ (١٩٨٧م) ، دار المعرفة ، لبنان .

- مصنف ابن أبي شيبة ، الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (ت ٢٣٥هـ) ، تحقيق سعيد محمد اللحام ، (١٩٩٤م) ، دار الفكر ، لبنان .

- المصنف ، الإمام عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت ٢١١هـ) ، تحقيق حبيب الرحمٰن الأعظمي ، ط ٢ (١٩٨٣م) ، المجلس العلمي بالتعاون مع المكتب الإسلامي ، لبنان .

- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ، تحقيق أيمن علي أبو يماني وأشرف صلاح علي ، ط ١ (١٩٩٧م) ، مؤسسة قرطبة والمكتبة المكية ، مصر - السعودية .

- المعجم الأوسط ، الحافظ سليمان بن أحمد الطبراني (ت ٣٦٠هـ) ، تحقيق الدكتور محمود الطحان ، ط ١ (١٩٨٥م) ، مكتبة المعارف ، السعودية .

- معجم البلدان ، العلامة ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي (ت ٦٢٦هـ) ، بدون تحقيق ، ط ٢ (١٩٩٥م) ، دار صادر ، لبنان .

- المعجم الجغرافي ، لجنة من العلماء ، إشراف الدكتور محمد محمود الصياد ، (١٩٧٤م) ، مجمع اللغة العربية ، مصر .

المعجم الصغير ، الحافظ سليمان بن أحمد الطبراني (ت ٣٦٠هـ) ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، ط ١ ، (١٩٩٧م) ، دار الفكر ، لبنان .

- المعجم الكبير ، الحافظ سليمان بن أحمد الطبراني (ت ٣٦٠هـ) ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، ط ٢ ، بدون تاريخ ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان .

- معجم المؤلفين ، عمر رضا كحالة ، ط ١ (١٩٩٣م) ، مؤسسة الرسالة ، لبنان .

- معجم المطبوعات العربية والمعربة ، يوسف إليان سركيس ، بدون تحقيق ، (١٤١٠هـ) ، مكتبة المرعشي النجفي ، إيران .

- معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع ، عبد الله بن عبد العزيز البكري الأندلسي أبو عبيد (٤٨٧هـ) ، تحقيق مصطفى السقا ، ط٣ ، (١٤٠٣هـ) ، عالم الكتب ، لبنان .
- معرفة السنن والآثار ، الحافظ أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، تحقيق الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي ، ط ١ (١٩٩١م) ، دار قتيبة ودار الوعي ودار الوفاء ، سوريا ـ مصر .
- مغني المحتاج إلىٰ معرفة معاني المنهاج ، الشيخ محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ) ، اعتنىٰ به محمد خليل عيتاني ، ط ١ (١٩٩٧م) ، دار المعرفة ، لبنان .
- مكارم الأخلاق ، الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي الدنيا (ت ٢٨١هـ) ، تحقيق بشير محمد عيون ، ط ١ (٢٠٠٢) ، مكتبة دار البيان ، سوريا .
- مناقب الشافعي ، الحافظ أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، تحقيق أحمد صقر ، بدون تاريخ ، دار التراث ، مصر .
- المنتخب من مسند عبد بن حميد ، عبد بن حميد بن نصر أبو محمد الكسي (٢٤٩هـ) ، تحقيق صبحي البدري السامرائي محمود محمد خليل الصعيدي ، ط ، (١٩٨٨م) ، مكتبة السنة ، مصر .
- منهاج الطالبين ، الإمام محيي الدين يحيىٰ بن شرف النووي (ت ٦٧٦) ، تحقيق الدكتور أحمد بن عبد العزيز الحداد ، ط ١ (٢٠٠٠م) ، دار البشائر الإسلامية ، لبنان .
- المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، الإمام محيي الدين يحيىٰ بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) ، بدون تحقيق ، (١٣٤٩هـ) ، طبعة مصورة لدىٰ مكتبة الغزالي ، سوريا .
- المهذب ، الإمام إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦هـ) ، بدون تحقيق ، (١٩٧٧م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار إحياء التراث العربي ، لبنان .
- الموطأ ، الإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، بدون تاريخ ، دار إحياء الكتب العربية ، مصر .

- ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، الحافظ محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (٧٤٨هـ) ، تحقيق علي محمد البجاوي ، ط١ ، (١٩٦٣م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار المعرفة ، لبنان .
- نصب الراية لأحاديث الهداية ، الإمام عبد الله بن يوسف الزيلعي (ت ٧٦٢هـ) ، تحقيق محمد يوسف البنوري ، (١٣٥٧هـ) ، دار الحديث ، مصر .
- نهاية المحتاج إلىٰ شرح المنهاج ، العلامة محمد بن أحمد الرملي (ت ١٠٠٤هـ) ، بدون تحقيق ، (١٩٩٣م) ، طبعة مصورة لدىٰ دار الكتب العلمية ، لبنان .
- النهاية في غريب الحديث والأثر ، الإمام مجد الدين المبارك بن محمد الجزري الشهير بابن الأثير (ت ٦٠٦هـ) ، تحقيق محمود محمد الطناحي وطاهر أحمد الزاوي ، بدون تاريخ ، طبعة مصورة لدىٰ دار إحياء التراث العربي ، لبنان .
- الوسيط في المذهب ، الإمام محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ) ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر ، ط ١ (١٩٩٧م) ، دار السلام ، مصر .

* * *



فهرس الكتاب

* * *